

## ドイツにおける売春規制：土地利用規制を中心に

著者	荒木 修
雑誌名	関西大学法学論集
巻	63
号	6
ページ	1822-1875
発行年	2014-03-10
その他のタイトル	Das Prostitutionsgesetz und seine Auswirkungen
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/8360">http://hdl.handle.net/10112/8360</a>

# ドイツにおける売春規制

——土地利用規制を中心に——

荒 木 修

## 目 次

- I. 初 め に
- II. 「売春法」
- III. 売春に対する行政的な規制① 営業規制
- IV. 売春に対する行政的な規制② 土地利用規制（建設法上の規制）
- V. 終わりに

## I. 初 め に

売春の防止を目的として「売春防止法」（昭和31年法律第118号）が制定されて半世紀以上経つが、「売春」<sup>1)</sup>を含めて性的サービスの提供を業として行うこと、また、それらに関連する業を行うことに対して、現在の日本社会においては、どのような態度が見られるか<sup>2)</sup>。売春防止法・風営法に基づく規制の仕組みは、実効性を伴って初めて、その立法目的を達成するはずであり、もしこれらがザル法であるならば<sup>3)</sup>、規制の立案過程及びその執行過程を調査することによってその理由を探ることは、一つの研究課題となろう<sup>4)</sup>。

本稿は、その準備作業の一つとして、2002年施行の「売春法」の制定によって売春（Prostitution）に対する刑事的規制を一定範囲で廃止したドイツにおける状況を概観するものである。ドイツでは、売春は刑事法上で合法的に営まれ得るようになったとはいえ、様々な目的から行政的な規制を受けている。そのような行政的な規制は結果的に売春を過度に制限することがあり得る一方、行政機関のなかには自己の事務が売春に関連し得るにも拘わらず、その権限行使に消極的なものもある。また、売春からの離脱を促進する方向での支援は、

社会的にも、また、行政的にも実施されている。売春を巡る規制の立案過程は、売春合法化のための法律の制定だけでは終わらず、各種の規制・支援等の執行過程をフィードバックしながら、立法目的の達成を目指すものであろう。

ドイツでは、2002年の売春法の施行後、政府による調査活動が行われている。例えば連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査報告書が2005年に作成されており、そこには売春に関わる様々な立場の者の意見が集められている<sup>5)</sup>。これらを参照しながら、売春を巡る規制がどのように社会で受け止められているのかを明らかにすべく、売春に係る行政的な規制の現状を見ていきたい。

## Ⅱ. 「売 春 法」

売春に係る行政的な規制の検討に先立って、まずは、2001年12月20日公布、2002年1月1日から施行されている「売春法」とは、如何なるものであるか、簡単に見ておく。

### (1) 「売春法」の立法過程

主として1970年代の終わりから始まった「売春婦運動 (Hurenbewegung)」に見られる社会的な変化を受けて、売春に係る立法が行われた。その最初は、緑の党 (Die Grünen) による1990年の法案であるが (BT-Drs. 11/7140)、審議未了で終わった。この法案の特徴は、その後の法案の内容と比べると、広範囲にわたって定めを置くところにある。民法典の改正 (611条に、2項として、「性的なサービスを含む全ての種類のサービスは雇用契約の対象となることができる」を追加)、刑事法の改正 (刑法180a条, 184a条, 184b条, 刑法施行法297条, 秩序違反法119条, 120条の削除など)、外国人法の改正 (退去命令の要件としての「売春婦営業 (Erwerbsunzucht)」, 「人倫に対する危険 (Gefährdung der Sittlichkeit)」の削除。10条1項8号・9号の削除)、連邦伝染病法の改正、性病予防法の廃止などを内容とするものであった。1996年には90年連合・緑の党 (Bündnis 90/ Die Grünen) による法案 (BT-Drs. 13/6372)、1997

年には社会民主党による法案 (BT-Drs. 13/8049) が提出された。前者は、90年のものを若干修正したものである。後者は、売春を行う者と客との間の契約にのみ関わるものである。何れの法案も否決されている。1998年の政権交代後、2000年には民主社会党 (PDS) による法案 (BT-Drs. 14/4456)、2001年には政権与党である社会民主党と90年連合・緑の党による法案 (BT-Drs. 14/5958) が提出され、前者は否決、後者が可決されている。政権与党による法案提出の時期が遅れたことは、売春法に対するコンセンサスを得ることの難しさを示している<sup>6)</sup>。

## (2) 刑法典の一部改正

売春法の制定により刑法180a条・181a条が改正された。これは、売春を刑事法上禁じていた規定の一部を改めるものである。

具体的には、180a条については、改正前の1項2号が削除された。改正前の1項では、人がその中で売春を行う施設 (Betrieb) を営業として管理・経営をすることについて<sup>7)</sup>、売春を行う者が一身上又は経済的な従属関係に置かれる場合 (1号)、住居、宿所、滞在所を単に与え、かつ、それに通常伴う附随的な給付を超える措置によって売春を行うことを助長する場合 (2号) が刑罰の対象となっていた。このうち2号について、売春を行う者にとって恵まれた労働環境を整備するならば2号に該当してしまうことから、削除されることになった<sup>8)</sup>。これにより、良き雰囲気 (schönes Ambiente) と高い衛生水準 (hohen Hygiene-Standard) を売春を行う者の労働環境として提供することは刑罰を受けないことになる。

また、売春を行う者のヒモ (Zuhälterei) となることを禁ずる181a条については、2項が改正された。改正前は、営業として性的な交渉の仲介 (Vermittlung sexuellen Verkehrs) を行うことにより売春を行うことを助長することが刑罰の対象となっていたが (181a条2項)、改正後は、そのような仲介者の行為が一身上又は経済的な独立性を妨げるときに限って刑罰が科されることになる<sup>9)</sup>。



なお、売春法の制定に際しても、売春を行う者に対する経済的な搾取、未成年者を売春を行う者とするを禁ずる条文は改正されておらず、現在も刑事法上の規制を受けている。例えば、180a条について言えば、2項は改正されておらず、18歳未満の者に売春を行うために住居等を与えること、他人が売春を行うために住居を与え売春を行わせ又は売春に関連して利得を得ることは禁じられている。

売春法に関わる180a条、181a条ともに、条文上、「売春 (Prostitution)」概念が用いられているが、定義規定は置かれていない。この点、繰り返し対価を得て異なる者との間で性的な行為を行うことであり<sup>10)</sup>、性交 (Beischlaf) は必要ではないと解されている<sup>11)</sup>。なお、「性的な行為 (sexuelle Handlungen)」概念は、184g条1号において、「それぞれ保護される法益に関して相当なものに限る」と定められているものの、内容的な定義は為されていない。

181a条のうち1項は改正されていない。2号では、財産上の利益のために、売春に際して売春を行う者を監視し、売春の場所、時間、程度、その他の事情を定め、又は売春を止めようとするのを食い止める措置を講ずることが禁じられている。売春を行う者との自由な意思に基づく契約関係のなかで場所等を定めることが刑事的に禁じられるか、問題になる。連邦通常裁判所は、2003年8月1日の決定において、2号の規定（特に「定める」という文言）の意味を縮小解釈することが売春法の立法者意思に適合することを指摘している<sup>12)</sup>。もちろん、使用者としての指揮権には、売春を行う者の性的自己決定権との関係から厳しい制限が引かれており、売春を行う者が客を拒むことができないような形で指揮権に服することは認められない<sup>13)</sup>。

ところで、売春法の制定に伴い改正された180a条・181a条の運用はどうなっているか。特に、180a条1項2号の削除および181a条1項2号の縮小解釈が検察・警察の活動に対して如何なる変化をもたらすか、問題になる。

連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査によれば、検察官へのアンケート調査のなかで、人身取引等の重大犯罪の訴追に与える影響に関する項目では、回答のあったうち60%が影響を否定し、

34.5%が影響を肯定している。これについて、人身取引等の証言を集めることの困難な事案にとって180a条1項2号が受血的な機能を果たしていた場合には影響が肯定されるが、外国人法違反が受血的な機能を果たしている場合には影響は否定されるという分析がなされている<sup>14)</sup>。警察官への聞き取り調査・アンケート調査のなかでは、人身取引等の訴追に与える影響については否定的な回答が多いようである<sup>15)</sup>。検察官への調査結果との違いについて、警察の有する情報収集手段と検察のそれとの違い、即ち、保安警察上の権限として、切迫した危険を防ぐために売春に用いられている住居への立入が警察法上認められているラントでは、警察機関は何時でもそれを行行使する可能性があることが指摘されている<sup>16)</sup>。

この調査においては、180a条・181a条を改正前のものに戻すことの当否も調査されているが、検察官への調査では否定の回答が圧倒的なようであり、また、これら条文の更なる改正の要否についても、不要というものが圧倒的なようである<sup>17)</sup>。また、警察については、その取締活動の実際において売春法の施行前後で変化がないことが指摘されている<sup>18)</sup>。

### (3) 「売春法」

#### (i) 売春の良俗違反性

「売春法」は、3つの条文から成り立っている。本法の意義を検討するために条文を見ておこう。

1条 性的な行為が予め合意された対価をもって行われたときは、その合意により有効な債権が成立する。人が、特に雇用関係の枠内で、同種の行為を予め合意された対価をもって一定期間にわたって行うことを準備するときも、同様である。

2条 この債権は譲渡することができず、自己の名前でのみ主張することができる。1条1文に基づく債権に対しては債務の完全な不履行のみが、1条2文による債権に対しては合意された期間に関する限りで債務の不完全

履行も主張することができる。民法362条に基づく履行の抗弁及び時効のほかは、抗弁は認められない。

3条 売春を行う者について、従属的な活動の枠内で指揮権が制約されていることは、社会保障法の意味における雇用が存することを妨げるものではない。

条文から明らかなように、売春法は売春に係る法律行為の効力等に関わる民事法である。売春の合法化は、直接には刑事的規制の緩和により達成されるが、民事法の変化を伴っている。

その理由は、成年者の中で売春を行うことに係る合意が為されても、民法138条1項により、それは良俗違反ゆえに無効な法律行為であると解されてきたことにある。売春を行うことが良俗に反することから、売春を行う者とその客の間の契約だけでなく、売春を行う者と売春宿の経営者との間の契約が無効と解されてきたのである。そのため、客との関係では、売春が行われた後に売春を行った者が合意に基づき支払いを請求しようとしても、法的に貫徹可能な請求権を有しないとされ、また、売春宿の経営者との関係では、従属的に雇われているという典型的なメルクマールを充たす場合があり得るが、労働法・社会保障法の枠外に置かれてきた<sup>19)</sup>。売春に関わる者は売春を行う者だけでなく客や売春宿の経営者などがいるが、売春が良俗違反であると評価されるときに不利益を被るのは売春を行う者のみである。この意味で、民法138条1項の解釈・適用には、倫理面でのダブルスタンダード (Doppelmoral) が生じていた。

このような状況において、売春法の制定には、自由な意思に基づいて売春を行うことは良俗違反には当たらないとの判断を立法的に下すことで、売春に係る法律行為に対して民法138条1項が適用されることをなくすことが意図されたのである<sup>20)</sup>。

とはいえ、学説・判例において、考え方が一致しているわけではない。解釈論上、売春を行うことが良俗違反に当たるという考え方自体は現在も妥当するという見解が有力である。そこでは、売春に係る法律行為が良俗違反ゆえに無

効と解されることについて、売春を行った者の利益を保護するために立法上例外が創り出されたに過ぎないと考えられているのである。そこで、契約が締結された段階では無効であって、合意された性的な行為が行われた後に、対価に係る請求権が事後的に契約から生ずるという解釈論が登場する<sup>21)</sup>。このような解釈論が展開されるのは、もし性的な行為を求める請求権が認められるならば、反対側から見れば、性的な行為を行う義務が法的に拘束力あるものとして認められるからである。売春に係る社会的な評価が変わるとしても、そこに予め法的な限界を引く考え方であると解することができよう<sup>22)</sup>。或いは、売春法は性的な行為が行われた後の対価請求権についてのみ定めていると解することで、売春そのものに対する法的な評価（民法138条1項による良俗違反）に変化がないことを説くものも見られる<sup>23)</sup>。

売春の良俗違反性に変化はないという考え方は、法律により良俗違反性を取り除くことには、基本法1条1項1文及び2文によって、人間の尊厳に対する国家の保護義務により立法者といえどもその立法権限に限界があることに支えられ得る<sup>24)</sup>。とはいえ、これに関しては、連邦行政裁判所の1981年12月15日のピープショウ判決と同様に（後述Ⅲ(1)）、少なくとも成年者が自由な意思で行う売春について自己決定権への配慮に欠けているという批判がある<sup>25)</sup>。また、民主的に正統化されている立法者に委ねられている権限への配慮を欠くことも批判されている<sup>26)</sup>。

## (ii) 「売春法」の規定と特徴

次に、売春法の規定について、その特徴を見ておく。まず、文言に関してであるが、刑法典とは異なり売春法では「売春 (Prostitution)」概念は用いられていない。代わりに「性的な行為 (sexuelle Handlungen)」概念が用いられているが、その定義は条文上定められていない。この点、刑法上の売春概念よりも広く解して、身体的な接触のないもの、例えばテレフォンセックス、ピープショウなどが含まれるという見解を説くものがあるが<sup>27)</sup>、そのような見解では、「性的な行為」に入るものと入らないもの（例、裸体を単に見せるだけ）との境界設定が問題になる。対価をもって性的な欲求を満足させるサービスの提供

という解釈では広いように思われる。

第二に、売春に係る法律行為について、売春を行う者の性的自己決定権の保障の観点から、通常のサービス供給契約又は雇用契約と比較して特殊な点がある。即ち、売春を行う者に対する客又は売春宿の経営者による履行請求を制限する規定が2条に定められている。これは、例えば性的サービスに満足しなかった客からの請求によって売春を行う者が萎縮することを防ぐためのものである<sup>28)</sup>。

(iii) 「売春法」の制定の意義

売春法が制定されたことの意義に触れたい。第一に、有効な債権の成立（1条）については直接的な実益は乏しいと考えられる。元々、売春の対価が先払いされることで、売春を行う者が対価を得られないゆえに困るという事態は通例生じないからである。尤も、先払いで客から対価を得るために、刑事法上従前禁じられていた形態での売春が欠かせなかったことに注意しなければならない。

なお、有効な債権の成立に関しては、刑事法上の取扱いにも関わる面がある。客が後払い約束に反し、売春を行う者が対価を得ることができなかった場合について、連邦通常裁判所の1987年4月28日決定によれば詐欺罪は成立しない。

「性的な給付により合意された又は通常の賃金（Lohn）を受け取ることに對する売春を行う者の見込み（Aussicht）は、刑事法上保護される財産には該当しない。保護されるのは、売春を行った者が対価として得たものである」ことが、その理由とされる<sup>29)</sup>。しかし、この考え方は、売春を行う者が客から対価を先払いにより得ながら性的な行為を行わないときに詐欺罪が成立することとの間でバランスを欠いている<sup>30)</sup>。この裁判例から明らかなように、従来、売春の対価に関して、売春を行う者に対する倫理面でのダブルスタンダード（Doppelmoral）は民事法・刑事法に共通して現れていたのである。

第二に、売春法の持つ象徴的な意義である。売春法は、売春を行う者を取り巻く差別的な構造を立法的に改めることの出発点となるものである。売春を行う者に対する偏見・蔑視は社会的なものであるが<sup>31)</sup>、様々に法に入り込んでい

る。後者を立法により是正することは、権利を有するという意識を売春を行う者が持つことを可能とし、売春を行う者に対する社会的な偏見・蔑視をなくすことに繋がり得る。とはいえ、売春を他の職業（営業・労働）と全く同じように考えることができるか、未だ分からないところが多い<sup>32)</sup>。なお、民主社会党による対案が出されていたが、その立法理由においては、売春は基本法12条の「職業 (Beruf)」として位置付けられており<sup>33)</sup>、それゆえに、民主社会党による対案は他の職業との比較において広範囲で売春に係る規制をなくそうとしたものであった。これと比べるならば、2002年の売春法は微温的であったともいえる。

第三に、労働法・社会保障法との関わり（3条）である。Ⅲで扱う行政的な規制にも関わるが、売春を行う者を労働者として保護し、社会保険（被用者保険）に組み込むことは成功しているとはいえないというのがドイツにおける売春の現状のようである<sup>34)</sup>。

他方で、売春法に対しては、以上のような実益の乏しさゆえに、売春の現実を変えることができていないとの批判も見られる<sup>35)</sup>。抑も、現実に売春を行う者にとって、売春法の施行によって民事法上如何なるメリットを享受できるようになるかは余り知られておらず、その結果、売春宿で働く場合には、客を選択できず、如何なる性的サービスを行うかを定めることができず、また、契約を自由に解除できないという誤解が生じているおそれも指摘されている<sup>36)</sup>。

#### (4) 売春に係る刑事法

先に売春法の制定に際して刑法180a条、181a条が改正されたことを述べたが、その他の刑事法の規定のなかには売春の合法化と抵触し得るものがある。売春法の制定に関連して、それらを紹介しておく。

第一に、宣伝・広告の禁止である。これは、秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) に定められている。

著しく卑猥な方法で、文字、スライド、写真、絵の頒布により、又は、データ記憶装置を公に利用可能にすることで、性的な行為の機会を知らせることは



秩序違反とされる（119条1項2号）。また、性的な利用に資する手段・対象を1項の方法で知らせることも秩序違反とされる（2項）。更に、著しく卑猥に作用するように、性的な内容の文字、スライド、データ記憶装置、写真、絵を公に示すことも秩序違反とされる（3項）。

法規命令により発せられる売春の場所・時間の規制に違反し（1号）、又は、文字、スライド、データ記憶装置、写真、絵の頒布により、対価のある性的な行為の機会を知らせること（2号）は秩序違反とされる（120条1項）。

なお、120条1項2号では、卑猥であるか否か、表現が直接的であるか否かは問われない。分別のある者にとって対価のある性的な行為の機会が提供されることが分かるものであれば取締の対象となる。また、売春を行う者や売春宿の管理・経営を行う者だけでなく、宣伝業者・広告業者も取締を受ける。ちなみに、売春の宣伝が刑事法上禁じられているため、売春の宣伝・広告に係る契約は民法134条により無効である。連邦通常裁判所は1992年5月5日判決において、この120条1項2号について、売春に一般的に結びついた負担・危険から公衆を守るものであり、個別事例における具体的な危険の存否に関わらないものと解した<sup>37)</sup>。しかし、現在、120条1項2号について、公衆に対する具体的な妨害を要求することで、その成立範囲を縮小する方向の解釈を説くものがある<sup>38)</sup>。連邦通常裁判所は2006年7月13日判決において、売春はもはや良俗違反であると単純に見ることができないという多くの公衆の変化を立法者が考慮して売春法が制定されたことから、秩序違反法の宣伝の禁止に係る規定が改正されていなくとも、抽象的な危険で十分であるという従来解釈は維持できないと解釈を改めている<sup>39)</sup>。

第二は、売春が行われる場所に着目した規制である。

刑法184f条は、青少年に危険となる売春を規制するものである。学校その他18歳未満の者が訪れるための場所の近辺（Nähe）又は18歳未満の者が居住する建物において、これらの者に倫理的に危険を与える方法で売春をすることが禁じられている。なお、この条文は、次の184e条とは異なり殆ど適用されていない<sup>40)</sup>。

184e条は、売春の禁じられる場所・時間を定める法規命令（Sperrbezirksverordnung）への違反に関わる。ラント政府は青少年保護又は公の礼儀の保護を目的として立地・時間について売春を禁ずる命令を定めることが授權されている（刑法施行法297条1項）。人口50000人未満のゲマインデではその全域について、又は、人口20000人以上のゲマインデの一部区域又はゲマインデに属さない区域の一部について、命令を定めることができる。更に、人口とは無関係に、公道、広場及びそこから見渡される施設その他の場所について、命令を定めることができる。Sperrbezirksverordnung の制定権をラントの最上級官庁その他の官庁に再委任することが認められている（2項）。Sperrbezirksverordnung への違反行為のうち単純なものは秩序違反法120条により、それがしつこい（beharrlich）場合は184e条により処罰されることになる。なお、Sperrbezirksverordnung によって禁じられる行為には、売春そのもののほか宣伝（Anbahnung）も含まれている。実際には、売春・宣伝の何れも禁じられるエリアが大部分を占めているが、宣伝のみ許容されるエリア（Anbahnungzone）が設けられる場合もある。

この184e条の前提となる Sperrbezirksverordnung については、様々な批判がこれまで説かれてきた。まず、規制の仕組みとしては、一つには、184f条との違いが挙げられる。即ち、184e条では具体的な危険の存否を問うことなく売春が禁じられるからである<sup>41)</sup>。売春合法化に伴い、刑法施行法279条1項は縮小的に解釈することが考えられよう<sup>42)</sup>。もう一つは、場所に着目する規制としては刑事的な規制ではなく、都市計画的な規制に一元化することを説くものがある。これは、第一に、土地の様々な利用の間の利害調整の手段としてエリア設定を考えるのであれば、禁止内容の決定に利害関係人を含めて公衆が正式に参加すべきことが求められるからである。また、そのような手続を経ることで、売春が営まれるエリアに相応しい基盤整備が為され、合法的な構造のなかに売春を置くことがより一層進むからである<sup>43)</sup>。ただ、都市計画的な規制に移行するときには、その執行が売春に係る規制として実効性を持つためには如何なる工夫が求められるか、検討すべきであろう。



実態に鑑みた立法論的な批判も見られる。第一に、売春が禁じられない狭いエリアに集中することと、それゆえに売春を行う者に対する搾取がそこにおいて生じやすいことである<sup>44)</sup>。つまり、合法的に売春を行おうとする者は、そのエリアを取り仕切る者に従属せざるを得ず、寡占的な状況下において高い「賃料」を支払わざるを得ない。売春を行う者にとって取分は小さくなる。第二に、売春が禁じられないエリアがない場合、違法に売春を行おうとすれば、例えば宣伝のみ許容されるエリアや売春も宣伝も禁じられるエリアにおいて街娼となるため、売春が禁じられないエリア内における売春に比して、売春を行う者にとって客との間での危険（客から暴力を受けるおそれ、また、客から暴力を受けるときに救助を求めにくいこと）が高まる<sup>45)</sup>。それを防ごうとすれば、ヒモに頼らざるを得なくなる。第三に、184e条に係る取締は184f条に比して件数が多いとはいえ、十分に行われていない。例えば売春が禁じられるエリアでの街娼が黙認されている場合がある。とはいえ、そのような売春は刑事法上禁じられる行為であり、その取締に際して差別的な法執行が起りやすい<sup>46)</sup>。

民主社会党の法案は、これらの刑事的規制の全廃を含むものであったが、それは採用されなかった。

連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査において、「売春法制定後において、Sperrbezirksverordnungを定めること及びその違反に制裁を加えることは、売春を行う者の自由に対する制限として法的に許されるか」についてアンケート調査が行われている。「全く許されない」「条件付きで許されない」「どちらかといえば許される」「許される」の4つの選択肢が用意されているが、警察、検察、裁判所に対する調査では、何れの機関においても、後二者（現行法の維持）が多数を占めている<sup>47)</sup>。他方で、売春を行う者、売春宿の経営者、擁護団体では、立法論的な批判が多数を占めている<sup>48)</sup>。

ところで、この184e条の前提となる刑法施行法297条1項（Sperrbezirksverordnungの授権法律）について、売春法が制定された後にその合憲性が問題になったことがある。連邦憲法裁判所の2009年4月28日決定は、住宅売春

(Wohnungsprostitution。なお、本概念についてはIV(3)で説明する)の建設許可が認められなかったことに対する憲法訴願の事案において、刑法施行法297条1項1文2号は青少年保護及び公の礼儀の保護の目的を達成するために適しており、また、必要性があると判断した。手段の適切性・必要性の判断には立法者の裁量が認められることを肯定したうえで、売春に典型的な事柄が住宅売春にも存在し、それに対処するか否かは立法者の判断に委ねられること、警察法・建設法・飲食店法ではその対処に十分に実効的ではないことが述べられている<sup>49)</sup>。

### Ⅲ. 売春に対する行政的な規制① 営業規制

売春が刑事法上の規制を受けなくなるとしても、各種の行政目的からの規制を受けることがある。そのうち、営業としての売春に直接に関わる行政的規制としては、営業法や飲食店法があり、その延長には一般的な警察法も存在する。これらは、運用次第では(特に規制立案過程)、従事者の保護、利用者の保護の機能を発揮しうる。また、営業そのものではないが従事者に直接的に関わるものとして、感染症予防の観点からの規制も存在する。更に、営業そのものを規制しないものの、売春に対する規制的な効果を有するものとしては、建設法(土地利用規制)、租税法、外国人法などがある<sup>50)</sup>。ただ、Ⅱで明らかなように、2002年施行の「売春法」はこれらの行政的規制に直ちに関わるものではない。Ⅲでは、売春に対する行政的規制のうち、営業法・飲食店法によるもの及び感染症予防に関するものが売春法の制定によりどうなっているかを見ておく。

#### (1) 営業法 (Gewerbeordnung)

連邦法である営業法は、各種の営業について、14条において届出制を一般的に採用するとともに、一定の営業については、営業法上、個々の条文において、許可制を設けている。後者の規制を受ける営業には、ショウ (Schaustellung von Personen) (33a条)<sup>51)</sup>、賭博場 (Spielbanken, Lotterien, Glücksspiele) (33h条) などがある。

売春については、従来、営業法の規制対象となる「営業」には「社会的に価値のない (sozial unwertig)」ものは含まれないと解されていたために、売春を営むことに関して営業法の適用可能性は問題にならなかった<sup>52)</sup>。また、刑事法上許されない限りで売春宿を営むことについても同様に解されてきた<sup>53)</sup>。

売春法が制定されたものの営業法は改正されなかったので、売春に対する営業法の適用を巡る問題は、その執行を担当する行政機関の判断に第一次的には委ねられることになった。そのため、2002年7月、連邦・ラントの「営業法」委員会の会議が開かれ、事前規制について次のような結論に至った。① 売春そのものと売春宿とが区別され、② 前者は営業法の適用を受けないままであり、③ 後者はラント間で判断が分かれたために、バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルン、ブレーメン、チューリンゲン、ザクセンでは従前通りの扱い、即ち、届出義務は課されないという運用が為される一方、その他のラントでは営業法上の届出義務が課されることになったのである<sup>54)</sup>。

売春そのものが営業法の適用を受けないとされた根拠には次のものがある<sup>55)</sup>。第一は、従来通りの発想であり、売春は営業法上の営業とは言えないという評価である。第二に、売春法の制定過程における立法者の態度である。即ち、営業法の改正が為されなかったということは、売春法の制定は営業法の適用に関して法的な影響を与えないと解されたのである。第三に、売春そのものの営業としての特質、つまり、人間性に深く関わる営業であることである。第四に、規制の実効性に関して、売春を行おうとする者は、売春を行っていることを他者に知られることを望まないために、届出をすることを期待し難いという指摘も見られる<sup>56)</sup>。

これに対して、売春宿の営業、即ち「営業としての部屋貸し (gewerbliche Zimmervermietung)」については<sup>57)</sup>、上記会議において、売春法が制定されても良俗違反であるとして営業法上の営業には当たらないという見解は少数にとどまった。刑事法上許される売春宿は営業法の適用対象であると解するものが多数を占めたのである<sup>58)</sup>。

このように売春そのものと売春宿とが区別されることから、売春を行う者が

売春宿を経営するときには、後者については届出義務を課されることになる。

売春に係る営業法上の行政的な事前規制は、以上のように届出義務にとどまり、許可制は採用されていない。許可制ではないことから、営業法には、売春宿の経営に関しても、遵守されるべき基準が定められることはない。

事後規制としては、営業の停止命令が35条に定められている。その要件は様々に規定されているが、営業を行う者の信頼性に係るものが含まれており、売春を含め性的サービスの提供を業として行ったことがこれに該当するか、問題になり得る。売春法が制定される以前は、可罰性に満たないものであっても良俗違反である場合には信頼性に欠けるものとして発せられた営業停止命令を認める裁判例があった<sup>59)</sup>。現在では、ある営業施設のなかで売春が助長されているというだけでは良俗違反を理由とする営業停止命令を発することは許されないという見解が見られる<sup>60)</sup>。この問題は飲食店法にも存在するので、そのなかで扱うことにする。

## (2) 飲食店法 (Gaststättengesetz)

飲食店法により、あらゆる者又は特定の者に開かれた営業として、飲物又は調理済みの食物をその場で消費するために提供することは許可制のもとに置かれている。このような営業に該当する限りで、売春に係る営業は飲食店法上の許可を得なければ、適法に開始することはできない。

まずは、規制の仕組みを概観しておく。

許可要件は4条に定められている。具体的には、営業を行う者の人的な信頼性(1号)、空間の安全性(2号)、空間のバリアフリー(2a号)、周辺環境に対する有害な妨害その他公衆に対する相当の不利益などのおそれ(3号)、食品衛生上の知識(4号)が審査されることになる。

このうち営業を行う者としての信頼性が認められない要件は、条文上、具体化されている。即ち、「未熟な者、軽率な者、意思の弱い者を搾取するおそれ」、「健康、食品衛生、労働、青少年保護に関する法の規定に違反するおそれ」などと並んで「アルコールの濫用、禁じられている賭博、盗品購入、良俗違反

(Unsittlichkeit) を助長するおそれ」が挙げられている。

なお、営業を行う者としての信頼性に係る許可要件については、それが充たされていなかったことが判明するときには許可は取り消され (15条1項)、許可が交付された後に充たされなくなったときには許可は撤回されることになる (2項)。文言上、これらの取消・撤回権限の行使には裁量は認められていない。

営業を行う者に対する措置として、許可が与えられる者に対して負担を随時課することが認められている (5条)。客を搾取から防ぎ又は客の生命・健康・良俗を保護するため (1号)、従事者の生命・健康・良俗を保護するため (2号)、周辺環境に対する有害な妨害その他公衆又は隣地・営業地の居住者に対する相当の不利益を防ぐため (3号)、負担を課することができる。これが命じられた期間内に履行されないならば、許可は撤回され得る (15条3項2号)。

以上の規制の仕組みのなかで議論が多いのは、営業を行う者としての信頼性についてである。売春法の制定以前においては、売春を行う者と客との間に性交渉の途を開くような者は良俗違反を助長するものであって営業を行う者としての信頼性を欠くと解されてきた<sup>61)</sup>。ところが、ベルリン行政裁判所の2000年12月1日の判決は、社会の変化を認定して、次のように判示した。「成年者が自由意思により行い、かつ、犯罪的な現象を伴わないとき、今日承認された社会倫理的な価値観によれば、秩序法の意味においてもはや良俗違反であるとはいえない」<sup>62)</sup>。

売春法の制定は、飲食店法の改正を伴うものではなかったが、売春に対する立法者の判断が示されたと見ることで、ベルリン行政裁判所の上記判決と同趣旨の解釈がとられるべきか、問題になる。

売春法が飲食店法に対して法的に影響を与えるという考え方の論拠としては、次のものがある。一つは、売春法制定に係る立法者意思である。飲食店法の許可要件である「良俗違反」概念について条文改正が為されなかったが、「対価のある性交渉が行われるときは直ちに良俗違反であると考えられることはもはやできないことを売春法1条の条文は明確化する」ゆえに飲食店法の改正は要しな

いと解されるからである<sup>63)</sup>。もう一つは、飲食店法の良俗違反概念の解釈手法に関わる。良俗違反概念の解釈には社会倫理的な価値観に焦点が当てられてきたところ、時代の流れのなかで同一の条文の持つ意義が変化し得ることは判例上認められており、売春に対する社会倫理的な価値観の変化が認められるのであれば、それに従う判断は適切であると説かれている<sup>64)</sup>。裁判例のなかにも、このような考え方に立つものが見られる。連邦行政裁判所の2002年11月6日判決（Swinger-Club 事件）は次のように判示する。「性的な欲求・関心を商業的に充たすことは、原則的に良俗違反と判断されるものではない。売春を行う者の法的・社会的な状況の改善のために、圧倒的な見解によれば売春はもはや良俗違反ではないとの考えに導かれて法律が制定されたことから、明らかである」<sup>65)</sup>。

他方、売春法が飲食店法に対して法的な影響を与えるものではないという考え方も存する。立法者意思について言えば、飲食店法の改正が容易に行い得るにも拘わらずそれが行われていないということは、従来通りの法解釈・運用を認める趣旨と解する余地が残るからである。また、民事法における売春法の解釈争いに見られるように、抑も売春に係る法律行為の良俗違反性は否定されていないという理解もある<sup>66)</sup>。更に、民事法である売春法の立法目的は飲食店法のそれとは異なることゆえに売春法と飲食店法との直接的な関わりを否定する理解もある<sup>67)</sup>。

ただ、売春が刑事的規制を受けなくなりながら、売春そのものであれ売春宿であれ、その営業に直接的に関わる行政的な規制により全面的に禁じられる事態が生ずることは解釈論上適切ではなく、民事法における売春法の解釈論がストレートに飲食店法に反映するとは考えにくいと思われる。

なお、良俗違反か否かという規準とは別に、秩序法の一環として飲食店法によって売春の営業が認められない結果となる可能性は別途存在する。例えば立地に関して、刑法184f条1号に掲げられる地域の近辺にあり、かつ、青少年に対する道徳的な危険（sittliche Gefährdung）のおそれがあるとき、4条1項3号が適用されて拒否されるか、問題になりうる。具体的には、学校の直ぐ近く



にあつて、学生が窓越しに見ることができるような場所で営業される場合が指摘されている<sup>68)</sup>。

### (3) 感染症予防

先述のように、緑の党による1990年法案では、連邦伝染病法の改正及び性病予防法廃止が含まれていた。この何れの法律も現在存在しない。2001年1月1日から施行されている感染症予防法（Infektionsschutzgesetz）に統合されている。

性病予防法に対しては、売春婦に対する差別的な取扱が大きいことが批判されてきた。売春婦が法律上で特にカテゴライズされていたわけではないが、実際上は売春婦のみが性病の予防のための規制の下に置かれていたからである<sup>69)</sup>。ラントにより規制が異なっていたためゲマインデごとに異なった運用が為されていたが<sup>70)</sup>、通例、毎週又は2週間ごとに性病検査を受けなければならなかった。性病に罹っている疑いのある者が自己の健康状態に関する証明書を提示することを拒むときなどには、保健所（Gesundheitsamt）は、その者を権限ある行政機関、つまり警察に連れて行くことが認められていた。これは、強制入院に繋がり得るものである。また、警察に拘禁されている者でその生活状況から性病に罹っていることに十分な疑いのあるものについては、その釈放する前に検査のために保健所に連れて行くことが認められていた。この強制的な検査の権限は、売春の客にも適用され得るものであるが、実際上は、売春婦にのみ適用されていたのである。

このような性病検査義務は性病予防法の廃止によりなくなった。第一に、助言を通じた自発的な検査への指向（3条，19条）について、売春を行う者や売春を行う者への相談機関の職員から積極的な評価が見られるが、売春宿の経営・管理者のなかには検査態勢の復活を求めるものもいる。感染症予防法の売春を行う者への影響に関するザクセン、バーデン・ヴュルテンベルク、バイエルンの健康省からの回答によれば、性病検査の頻度は著しく減っており、助言等の活動も相当減っているようである<sup>71)</sup>。第二に、感染の疑いのある者に対す

る強制的な権限に関して、売春を行う者であることだけでは感染の疑いを認定することは正当化されないと解されている<sup>72)</sup>。売春を行う者の性病の罹患率がそうでない者と比して高いとのイメージがあるが、そのようなことは実証されておらず<sup>73)</sup>、この点における売春を行う者に対する差別的な取扱が解消されることが意図されている。

#### Ⅳ. 売春に対する行政的な規制② 土地利用規制（建設法上の規制）

##### (1) 土地利用規制の概要

土地を各種の目的から建設的に利用するときは、建設法上の規制を受ける。売春のために土地を建設的に利用するときには（売春宿の建設がその典型例である）、売春そのものに関して刑事法上の規制が及ぶこととは別に、建設法、特に、建設計画法上の規制を受けることになる。まずは、建設計画法に定められる土地利用規制を概観しておく。

##### (i) 地域類型

ドイツにおける建設計画法分野の主要な法律は建設法典である。建設法典上、建設管理計画には、マスタープランである土地利用計画（いわゆるFプラン）と地区詳細計画（いわゆるBプラン）がある。後者は、区画単位の精度をもって土地の建設的利用その他の利用を指定するもので、前者とは異なり、行政外部に対しても法的拘束力を有する。計画実務では図面上で500分の1とか1000分の1といった詳細な尺度で策定されている。そこで、地区詳細計画における地域類型を見ておく。

地区詳細計画において指定される内容は建設法典9条に列挙されている。このうち1項1号～9号の建設的利用に係る指定について詳細は建設利用令に定められている（9a条による委任）。建設利用令において、土地の建設的利用は、種類・程度・建設方法・建蔽率等について区分されている。建設的利用の種類に関する規定（建設利用令2条～14条）は、地区詳細計画での地区指定により、地区詳細計画の構成要素となる（建設利用令1条3項）。

建設的利用の種類は、小集住地区（Kleinsiedlungsgebiete）、住居専用地区



(reine Wohngebiete), 一般住居地区 (allgemeine Wohngebiete), 特別住居地区 (besondere Wohngebiete), 村落地区 (Dorfgebiete), 混合地区 (Mischgebiete), 中心地区 (Kerngebiete), 営業地区 (Gewerbegebiete), 工業地区 (Industriegebiete), 特別地区 (Sondergebiete) に区分されている (建設利用令1条2項)。建設利用令による区分だけでは硬直化し得るので, その対処のために, ゲマインデには詳細な計画による誘導の途が開かれている (建設利用令1条4項~9項, 12条4項~6項, 14条1項3文)。

建設利用令2条~9条には, これらそれぞれの地区について, 当該地区の一般的な目的 (1項), 原則的に許容される用途 (2項), 例外的に許容される用途 (3項) が定められている。地区詳細計画において「原則的に許容される用途」として掲げられる諸用途の一部, 「例外的に許容される用途」として掲げられる諸用途の全部又は一部をゲマインデは外すことができる (1条5項, 6項)。更に, これら規定の例外をゲマインデが地区詳細計画に設けることも特別の都市計画上の利益がある場合には認められている (9項)<sup>74)</sup>。

12条~14条は, 駐車場, 自由業, 附随施設について全ての地区に適用される特則である。自由業のための建物は, 2条~9条の全ての地区において許容されている (13条)。

なお, 2条~14条の規定により許容される建設施設及びその他の施設は, 数, 状況, 範囲, 目的に関して当該地区の特色 (Eigenart) に反するときは個別事案ごとに認められない (建設利用令15条1項1文)。当該地区内又はその周囲において, 当該地区の特色から導かれる期待可能性を超える負担又は妨害 (Belästigungen oder Störungen) が生ずるとき, また, 建設案がそのような負担又は妨害に晒されるときも, 同様とされる (同2文)。この条文は, 建設計画法上の規制について, 細やかな制御を可能とするものである。

ところで, 営業のための土地の建設的又はその他の利用に関して, 建設計画法における用途面からの規制には如何なる特徴があるか。これを考えるうえで, 建設法が営業を直接に規制の対象としないことが重要である。建設法は, 一定の営業が行われること (Betrieb) それ自体について定めるものではなく, 建

設施設が一定の地域において設置・利用されることが如何なる用途のために許されるか否かを定めるに過ぎない。それゆえに、建設法上の手段は建設施設が建設法上許容される用途のために設置・利用されることに向けられることになる。例えば許可の交付については、許容される用途以外のものは不可能であるような型式 (Ausführung und Gestaltung) が建設施設のために予定されていることに向けられなければならない。或いは、許可に附される負担については、建設施設が一定の用途のためにのみ利用されることが許され又は一定の用途が排除されるべく決められなければならない。具体的には、例えば建設利用令4条により許容されるところの非妨害的な営業又は手工業が行われることのみが設置されることを確保するために、態様と範囲によって定められるところの非妨害的な営業上の用途のみが許容されることを負担によって確定することが必要であるとされる<sup>75)</sup>。

(ii) 建設許可制度——地区詳細計画との関連

ゲマインデは都市建設上の発展と秩序のために必要な限りで建設管理計画を策定しなければならないが (建設法典1条3項)、多くの場合、地区詳細計画が土地利用の全ての問題を規律し尽くすわけではない。

① 少なくとも建設的利用の種類と程度、建設可能な土地面積、地域交通路に関する指定が地区詳細計画において定められている場合、完全地区詳細計画が存在するとして、建設案の許容性は専ら計画上の指定を規準として判断される (建設法典30条1項)。但し、地区詳細計画に「例外 (Ausnahme)」が設けられ (31条1項)、或いは、公益上の理由等から「免除 (Befreiung)」が認められる場合がある (同2項)。これらは何れについても、文言上、建設監督行政庁に裁量が認められている。「例外」の典型例は、建設利用令2条～9条の各3項の規定が地区詳細計画の構成要素となる場合である。その限界として、原則・例外が逆転してしまうことは認められない<sup>76)</sup>。「免除」は、条文上の限界として、計画の大要にまで至ることは許されず、隣人の利益を尊重したうえで公益に合致するものでなければならない。

② 地区詳細計画が策定されていても、それが完全地区詳細計画ではなく、

その地区が連担して建設されている場合（＝既成市街地）、地区詳細計画の指定と事実上の建築状況が建設案の許容性を判断するための規準となる。即ち、建設的利用の種類、程度、建設方法、建設される土地面積について周囲の特色に適合し、基盤施設が整備されていること、健康な住居・労働環境に対する要請が確保されること、地区像が侵害されてはならないことが、建設案が許容されるための要件となる（建設法典34条1項）。なお、建設的利用の種類については、周囲の特色が建設利用令に類型化される地区に相当する場合、建設利用令の関連規定に従い判断されなければならない（2項）。

③ 連担して建設されていないときは、外部地区（建設抑制地区）であり、建設的利用は例外的に建設法典35条1項・2項により許容される。

なお、以上のうち、31条、34条、35条により審査される場合、建設許可手続のなかでゲマインデによる同意が必要である（36条1項）。

### (iii) 建設許可制度——規制の仕組み

#### 1. 規制対象

以上のように、建設計画法上、建設案の許容性を判断するための規準は建設法典に定められているが、個別事案ごとの具体的な審査は、ラント法である建築秩序法に定められる許可手続等を通じて行われる。そのため、建築秩序法において何が許可手続等の対象とされるかによって、建設計画法上の規制が現実的に適用される範囲が決まる可能性が生じる。秩序法の一つである建築秩序法と、建設計画法である建設法典との間には、立法目的の違いがあるため、建設計画法上の規制が及ぶべきものが建築秩序法の規制対象から漏れたり、逆に、建設計画法上の規制が及ぶ必要ないものが建築秩序法の規制対象に含まれたりすることがある。多くの場合は両者の規制は重なり合うが、そうでない場合に両者の調整がどのように行われているかを簡単に見ておく。

建設法典30条～37条に規定される建設計画法上の諸要求が適用されるのは、「建設施設」の建設・変更・用途変更（Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen）を内容とする建設案である（建設法典29条）。この「建設施設」概念について、建設法典のなかには定義規定は置かれていな

い。ただ、建設計画法上の概念であることから、「土地法上ないし都市建設上の重要性」を考慮して解釈されなければならないと解されている<sup>77)</sup>。ここでいう土地法上の重要性とは、その時々建設案が1条5項に規定された利害（つまり建設案の許可要件を拘束的に規律した建設管理計画を必要とする利害）と関連することないし少なくとも関わり得ることを意味する。土地法上の重要性が認められるためには、施設それ自体から計画の必要性が導かれることまでは必要ではなく、寧ろ、施設に関連して土地法上で望ましくない展開が惹起されることで十分である<sup>78)</sup>。このように後者の点では解釈論上、整理が為されている。

前者については、建設計画法上の諸要求は、1998年1月1日施行の建設法典の改正が行われるまでは、建設監督上の許可又は同意を要するか建設監督行政機関への届出が義務付けられたものに適用されていたが、現在では、このようなラント法律に従属するような定め方は採用されていない。なお、許可・同意・届出は各ラントの建築秩序法に定められるが、この改正以前において、土地法上重要な建設案を建設計画法からラントが自由に切り離すことは許されないと解されていた<sup>79)</sup>。

## 2. 用途変更

建設許可の規制対象のなかに「用途変更」が含まれているが、如何なる場合に建築秩序法上で許可手続等の対象となるか、また、如何なる場合に建設計画法上の規制を受けるか、問題になる。ここでも、多くの場合、両者は重なり合うが、そうでない場合があり得る。

なぜ用途変更が建設許可の規制対象とされるか。建設許可が建設案の内容によってまさに定められた用途の態様（Nutzungsart）を確定するものだからである<sup>80)</sup>。それゆえに、用途を定めることなくして建設上の覆い（Hülle）を許容することはできないとされる。

建設法典において「用途変更」概念も定義は為されていない。建設計画法上、「建設施設」概念と同様に「土地法上ないし都市建設上の重要性」に鑑みて解釈されなければならない。つまり、用途が変更されることで、土地法の観点の

もとで、許可の問題が「新たに提起され」る場合には建設計画法上の諸要求が及ぶことになる<sup>81)</sup>。

そのため、例えばディスコから売春宿に用途を変更するような場合でも、従前の用途と新たな用途が何れも許された用途の範囲内にあるから許可を要しないとの考え方は認められないことになる<sup>82)</sup>。

ところで、あらゆる用途変更が許可手続等の対象となるわけではないため、用途変更の許可申請が為されないおそれがある。許可を要する用途変更であるにも拘わらずその申請がない場合、どうなるか。この場合、建設監督行政庁は、申請が為されることを求めることになる（例、バイエルン建築秩序法76条3文<sup>83)</sup>）。申請を行う義務があるとしても行政庁にはその強制的な実現手段はない。ただ、行政庁は、許可が行われていないという形式的な理由から、変更後の用途での利用を拒み、変更前の状態に戻すべく、停止命令を発することができる（76条2文<sup>84)</sup>）。停止命令が従われない場合、その強制執行手段として強制金の賦課が行われ、最終的な手段としては封印が行われ得る<sup>85)</sup>。また、許可を要する用途変更であるにも拘わらず許可を受けることなく行われる場合、それは79条1項1文8号により秩序違反である<sup>86)</sup>。

## (2) 売春に対する立地規制① 地区詳細計画における売春宿の位置付け

### (i) 「営業施設」・「娯楽施設」

建設利用令には「売春宿 (Bordell)」概念も「売春宿類似施設 (bordell-artiger Betrieb)」概念も用いられていない<sup>87)</sup>。そのため、これらに当たるものが建設利用令2条～11条にいう「営業施設 (Gewerbebetrieb)」に該当するか「娯楽施設 (Vergnügungsstätte)」に該当するか、問題になる。

建設計画法上「娯楽施設」とは如何なるものかを定義する規定はないが、業として性的・遊技的・社交的なサービスを提供するための施設で様々な形態を含むと解されている<sup>88)</sup>。業として性的なサービスを提供するための施設としては、ポルノ映画館やストリップ劇場が娯楽施設に該当し、そのほか、賭博場やディスコなども娯楽施設に該当する。

売春宿・売春宿類似施設は、概念上は、娯楽施設に該当すると考えられ得るが、学説・裁判例においては娯楽施設から外すものが多数説である。先ずはリーディングケースとされる裁判例を見ておく。

営業地区において売春宿への改築及び用途変更の許可申請が問題になった事案において、連邦行政裁判所の1983年11月25日判決は、建設利用令において典型的に意図されている娯楽施設に該当するものとして、映画館、ダンスバー、カバレットを例示列挙する。そして、売春宿はこれらとは異なり、一般的な社会倫理的な評価及び「売春街 (Milieu)」から生ずる附随的な現象の観点から、公衆の目に付かないところ又はせいぜいその端が適しているとされた。そして、売春宿が中心地区において認められるか否かについて答えないとしたうえで、売春宿は典型的とは言えない娯楽施設であって、営業地区において許容され得ると判断した<sup>89)</sup>。

この判決は、建設利用令8条(営業地区)において許容される用途のなかに「娯楽施設」が掲げられていなかった時代のものである。1990年改正前の建設利用令では「娯楽施設」概念は用いられていたものの、営業施設と娯楽施設とは相互排他的な概念としては使われていなかった。そのため「その他の営業施設」「全ての種類の営業施設」という概念で許容される用途が定められる条文に関して、これら概念には娯楽施設に当たるものも含まれると解されていた<sup>90)</sup>。建設利用令は1990年に改正されたが、それ以降、例えば営業地区では娯楽施設が明文で例外的に許容されるようになっている(8条3項)。現在では、営業施設と娯楽施設とは相互排他的なものとして条文上用いられている<sup>91)</sup>。

学説においては、売春宿・売春宿類似施設を営業施設に当たると解するものと、娯楽施設に当たると解するものがある。前者の論拠としては、一つは、上記の連邦行政裁判所判決に関わるが、売春宿・売春宿類似施設の立地はその妨害性の程度に鑑みて営業地区に相応しいと考えられることである<sup>92)</sup>。ただ、これだけでは、ポルノ映画を上映する映画館、ストリップ劇場などの娯楽施設との区別ができない。そのため、更なる論拠として、売春宿・売春宿類似施設では、客として訪れる者は、その性的な需要が満たされるために積極的な役割を



初めから意図している点で、客にとって常に受動的な役割が期待されている性的サービス提供のための施設とは異なり、両者は建設計画法上も区別されるべきと述べるものがある<sup>93)</sup>。

売春宿・売春宿類似施設が「営業施設」であるという立場では、売春宿・売春宿類似施設が「娯楽施設」(7条2項2号)に当たらないため、中心地区においては「その他の本質的に妨害的ではない営業施設」(7条2項3号)として原則的に許容されるか否かが問われることになる。中心地区における営業施設の許容性を判断するための規準は、営業地区における営業施設の許容性を判断するための規準(8条1項)、即ち、「著しく負担とならない」か否かという規準よりも厳しい。土地の各種の建設的利用及びその他の利用の間を調整するとき、ある利用が他の利用に対して如何なる影響を及ぼすかが注目されるが、特に営業施設による妨害の程度について、建設利用令は大別すると5つの段階を設けており、妨害の程度に応じて各種の土地の建設的利用をそれぞれの地区に割り当てているのである<sup>94)</sup>。① 住居専用地区では営業施設は全く認められないが、それ以外の地区では例外的であれ原則的であれ許容され得る。とはいえ、② 小集住地区及び一般住居地区では「妨害的ではない」営業施設に限って例外的に許容され(2条3項4号、4条3項2号)、③ 特別住居地区では、特別住居地区の特性に従い住居利用と調和することが要件である(4a条1項)。また、④ 村落地区・混合地区では、本質的に妨害的でない営業施設であることが許容されるための要件であると解されている(5条1項、6条1項)。これらの規準は、いずれも中心地区における規準と同程度又はそれよりも厳しいものである。⑤ 営業地区では、「著しく負担でない」営業施設であることが許容されるための要件であり、工業地区では営業施設について文言上限定は附されていない<sup>95)</sup>。結論的に言えば、売春宿・売春宿類似施設は営業施設と理解されるならば、その許容性の判断がカテゴリカルに行われる限りにおいて、現状では、地区詳細計画において地区指定が行われるときには、その立地は営業地区・工業地区以外では認められないことになる。完全地区詳細計画が策定されていない既存市街地では建設法典34条が適用されるが、周囲の特色が建設利用

令に類型化される地区に相当する場合、建設利用令の関連規定に従い判断されるので（2項）、周囲の特色が住居系の地区や混合地区・中心地区に相当する場合には売春宿・売春宿類似施設の立地は認められないことになる。

裁判例では、売春宿・売春宿類似施設を「営業施設」に当たると解するものが多数である。売春宿・売春宿類似施設を「娯楽施設」に当たると解する者の一人である Stühler は、売春宿・売春宿類似施設を娯楽施設に当たるとした裁判例をいくつか紹介している<sup>96)</sup>。しかし、そこで挙がっている裁判例のなかで売春宿・売春宿類似施設が営業施設に当たらないことの理由を明確に述べているものはない。① ノルトライン・ヴェストファーレン上級行政裁判所1983年1月19日判決は、営業地区における用途変更が争われた事案であるが、結論的には1968年建設利用令にいう営業施設として許容されたものであり、「娯楽施設」が「営業施設」の下位概念であることを述べるに止まる<sup>97)</sup>。② ヘッセン上級行政裁判所2009年4月30日裁判は、混合地区におけるディスコからの用途変更が争われた事案である<sup>98)</sup>。娯楽施設に当たると解するにせよ営業施設に当たると解するにせよ一般的に許容されないという事案である。③ ザールラント上級行政裁判所2009年6月30日決定は、売春宿類似施設への用途変更に対する利用停止命令が争われた事案であるが、娯楽施設の概念を説明して、それに売春宿・売春宿類似施設が該当することを述べる。その叙述自体は正当と思われるが、営業施設に当たらないことは積極的に論じられていない<sup>99)</sup>。④ シュトゥットガルト行政裁判所2004年4月21日判決は、営業地区における売春宿への用途変更が問題になった事案である。本件では売春宿が娯楽施設に当たるとされたが、1977年建設利用令1条5項に基づいてゲマインデが地区詳細計画において「娯楽施設」を8条2項により許容される用途から除外していたので、地区詳細計画の策定者の用いた概念の解釈が問題になっていることに留意しなければならない<sup>100)</sup>。⑤ シュトゥットガルト行政裁判所2006年5月4日決定は、営業地区におけるサウナクラブと称する施設（売春宿類似施設）への用途変更の許可が認められたことに対する隣人訴訟の事案である<sup>101)</sup>。8条2項1号の営業施設ではなく8条3項3号により例外として許容される娯楽施設が問題に



なっている。営業地区において純粋な売春宿が容易に許容されること、本件で問題となったサウナクラブの妨害度が純粋な売春宿のそれよりも高いものでないことが述べられており、営業施設としても許容され得た事案であったと言えよう。以上の裁判例を見る限りは、現在のドイツの判例においては、その立法技術的な当否はともかく、売春宿・売春宿類似施設は娯楽施設ではなく営業施設として位置づけられていることが分かる。

(ii) 売春宿・売春宿類似施設による妨害——許容されるか否かの判断のあり方

結論的に言えば、売春宿・売春宿類似施設の立地は、営業地区・工業地区（又は周囲の特色が営業地区・工業地区に相当する場合）に限定されている。その他の地区では売春宿・売春宿類似施設は営業施設でありながらカテゴリカルに除外されている。そこで、このような結論を導くような建設計画法上の許容性の判断はどのような特徴があるのか、見ておく。

建設計画法上の許容性の判断、特に営業施設の許容性の判断に際して、「類型化考察 (typisierende Betrachtungsweise)」が行われている。例えば中心地区では「本質的に妨害的でない」か否かが規準であるが、個々の案件ごとに建設施設が「本質的に妨害的でない」か否かが審査されるのではない。営業施設に包摂される建設施設は様々であるが、それが類型化されることで、ある類型に属する建設施設について建設許可の申請が為される場合、例えばその種類の施設の操業により一般的に生じ得る騒音に焦点が当てられ、その結果、個別事案ごとに周辺への妨害が如何に生ずるかは審査されないことになる。当該施設からの妨害に関して、当該施設の周辺が時間の経過のなかで変化し得るゆえに、施設からの妨害の審査は実際にある周辺の状況に焦点が当てられないことは正当と考えられている<sup>102)</sup>。

売春宿・売春宿類似施設が周辺に与える妨害の類型化考察として、「売春街に条件付けられた騒がしさ (milieubedingte Unruhe)」や「売春街に条件付けられた影響 (milieubedingte Auswirkungen)」が説かれてきた。例えば、営業地区における売春宿が問題になった連邦行政裁判所の1983年11月25日判決を引用する。「施設の操業の典型的な種類と態様を考慮したうえで、意図される用

途から、連邦建設法35条1項5号の場合を除いて当該用途が工業地区に指示されなければならないほど著しい不利益及び負担が通例生じ得るかが重要である。(中略) 売春宿に由来する不利益及び負担、即ち行き交う交通による騒音及びその他の「売春街に条件付けられた」騒がしさは、著しいのレベルに達していない<sup>103)</sup>。

類型化考察のために、この判決では売春街に条件付けられた騒がしさが具体的に如何なるものかは触れられていない。ただ、類型化考察にとどまる裁判例のなかでも、もう少し詳しく述べるものもある。ノルトライン・ヴェストファーレン上級行政裁判所2004年1月15日決定には、不満足な客或いは酒に酔った客による階段室の騒音、住居ドアの呼び鈴の押し間違い、同じ建物に居住している女性・少女への声掛け・迷惑、出入りの交通、暴力的な附随現象などが挙げられている<sup>104)</sup>。また、ベルリン上級行政裁判所2003年4月9日決定は、一般住居地区での売春宿類似施設が問題になった事案において、住居系の地区における居住への妨害は、「例えば自動車交通の増加や喧しい言い争いによる住居の平穩に対する妨害に表面的にあるだけでなく、そのような施設が当該地区における居住環境を刻印する社会的な雰囲気 (Klima) に与える売春街に条件付けられた消極的な影響に一般的に存在する」という<sup>105)</sup>。

このような売春宿・売春宿類似施設の妨害の類型化考察が判例上進展した結果、現状では、営業地区・工業地区以外での立地が許容されないと考えられている。売春宿・売春宿類似施設が周囲に与える「妨害」に変化がないとすれば、その許容性に対する建設計画法上の判断は、「売春法」の制定の前後で変化は生じないことになる<sup>106)</sup>。

とはいえ、このような類型化考察には類型化に内在する限界があるととも、売春規制との関係からの批判も見られる。

先ず、限界については、制度的に対応が為されている。一つは、建設利用令15条の適用である。数、状況、範囲、目的に関して当該地区の特色 (Eigenart) に反するときは個別事案ごとに許容されない (1項1文)。判例上、「数」に関して「当該地区の特色に反する」か否かを判断するに際して、売春宿がこれま

で存在しないところか否かが問われており、売春宿は集中しない限りで許容されている<sup>107)</sup>。

もう一つは、類型化に馴染みにくい事案における個別的な審査である。裁判例としては少数ではあるが、売春宿・売春宿類似施設の許容性を判断するために個別事案に着目するものがある。ベルリン行政裁判所2005年4月21日決定は、一般化した規準を立てることが法適用の実際上の必要に対応することを認めながら、この方法に限界があることを認めている。「個別事案において例外的に、居住環境にとって記述される種類の妨害が予期されないことに係る具体的な手掛かり (Anhaltspunkte) が存在するときには、考慮されない。問題となる計画案が操業の種類典型的な現象形態とは異なり、周囲とその本質を異にすると典型的にいえる操業でないであろうことが予期されないとき、営業の操業の計画法上の許容性の判断に際して許されかつ命じられる類型化の限界に達するからである」。本決定で個別事案の特徴として挙げられているのは、売春が行われる建物（営業用の建物内で行われること、建物内の他の用途との関係、独自の階段が設けられていること）、隣接の土地・建物との関係（駐車場、緑地などによる遮蔽）、営業時間（10時から20時まで）、窓に掲出される広告が目立ちにくいものであること、その他の売春宿に附随的な現象（過去に問題が起きていないこと）などである<sup>108)</sup>。

次に、売春規制からの批判を見ておく。売春宿・売春宿類似施設による妨害の有無について、先述の連邦行政裁判所1983年判決は、建設法は社会倫理的な観点からの評価とは無関係であるという。しかしながら、売春宿・売春宿類似施設の建設に係る裁判例について、「売春は永久に価値のない活動であるとして居住を常に害するという建設計画法上許容されない考え方が背後にある」という指摘があり<sup>109)</sup>、このような批判論に与する裁判例も最近登場している<sup>110)</sup>。

### (3) 売春に対する立地規制② 住宅を利用した売春

#### (i) 議論の整理

売春宿又は売春宿類似施設ではなく、一般の住宅を用いて売春が行われる場

合があり、Wohnungsprostitution と呼ばれている（以下では、住宅売春と記す）。売春宿・売春宿類似施設における売春とは異なり、ひっそりと行われており、売春に対する建設計画法上の規制を根拠付けてきたところの「売春街 (Milieu)」が存在しないことが、その大きな特徴といえる。具体的には、売春が行われている場所であることは目立つものではないこと、売春に係る宣伝・広告が掲出されないこと、売春を行う者が建物外で立つことがないこと、そのために客は彷徨き回ることがなく予め電話等でアポイントを取ったうえで建物のなかに入っていくことが、その特徴として指摘されている<sup>111)</sup>。

住宅売春を巡っては、これを建設計画法上の用途規制において売春宿・売春宿類似施設と同様に扱ってよいか、問題になる。一般の住宅としても使われている建物（又は使われ得る建物）を利用して行われる限りは営業施設・娯楽施設に該当しないのではないかと、また、「売春街 (Milieu)」が存在しないのであれば売春宿・売春宿類似施設と同様に扱うことは抑も適切ではないのではないかと、問われるからである。なお、住居系の地区において「営業」活動が全面的に禁じられているわけではない。先に述べたように、自由業のための建設的利用は2条～9条の全ての地区において許容されている（建設利用令13条）。そのため、住宅売春が建設利用令にいう自由業に該当するかも、問題になる。

尤も、一般の住宅を用いる売春とはいえ、「居住」といえない形態で行われるならば、それは住宅売春には該当しない<sup>112)</sup>。そのため「居住」概念を厳格に解することで住宅売春が問題にならないようにされることがある。例えば、バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所2002年7月24日判決では、売春を行う者が5人まで利用できる施設について、そこを借りている1人は住民登録をしていたが、警察による調査が行われたときに滞在していた他の者については住宅売春といえるだけの居住がなかったことが認定されている<sup>113)</sup>。他方、事実上の営業地区における売春宿・売春宿類似施設について、建物が居住利用として位置付けられ、営業施設でないことから許容されなかった事案がある<sup>114)</sup>。新規の建設に対する拒否の事案ゆえに、現実にもどのように用いられているかは審理し得ないが、「居住」概念の運用は一貫しておらず、都合良く操

作されることには注意しなければならない。

そこで、まずは、住宅売春の定義・メルクマールを整理することで、この概念が法的に有用なものか否かを考えたい。

住宅で行われるために、売春宿・売春宿類似施設と違い面積が狭く（部屋数が少なく）、営業時間が短く、また、売春を行う者の数も客として入っていく者の数も少ないことは、住宅売春の特徴と考えられる。ただ、そのような特徴を列挙するだけでは、そのための施設の用途に係る建設計画法上の規制に繋げることは難しい。

売春宿・売春宿類似施設との違いを考えれば、住宅売春であるためには住宅と同様の外観であることが求められる<sup>115)</sup>。逆に言えば、売春宿としての刻印、即ち、看板や人目に付く照明（Rotlicht）などが存しないことが要件であると考えられる。なお、このメルクマールを重視することで、売春を行う者が居住していることは建設計画法上の判断に関わりがないと解するものがある<sup>116)</sup>。

売春を行う者の居住については、その期間の長さ、住民登録の有無などが問題になり得る<sup>117)</sup>。住宅売春が行われている建物が他の用途（特に居住用）にも用いられている建物である場合、売春を行う者の人数、売春を行う者が用いる空間（面積）と他の用途の人数・空間（面積）との比率が問題になりうる<sup>118)</sup>。

#### (ii) 建設計画法上の許容性の判断のあり方

住宅売春は売春宿・売春宿類似施設と異なる扱いを受けるか。異なる扱いを支える論拠としては、両者の間で建設計画法上の用途規制によって対処されるべき問題が異なることを挙げることができる。住居として用いられる限りにおいて住居系の地区において住宅売春が行われるとしても、建設計画法上は問題にならないことになる。これに対して、売春宿・売春宿類似施設と等しく扱おうとするときには、あくまでも売春が営業として行われることが重視される。即ち、それが娯楽施設に当たるか営業施設に当たるかはともかく、営業に相応しい立地が求められることから住居系の地区で行われることが建設計画法上問題とされることになる。

この問題について連邦行政裁判所の明確な判断は示されていないが、住宅売



春を建設計画法上で売春宿・売春宿類似施設と同様に扱う方向を示唆する裁判例が見られる。① 原告の貸した建物の2階の住居部分で2人までの売春を行う者が住宅売春を行うことが問題になった事案において、連邦行政裁判所は、1995年6月28日決定において、住宅売春は住居地区の需要に資するものでなく住居地区としての特徴を妨げる営業的利用であると述べる<sup>119)</sup>。② 事実上の一般住居地区における住宅売春が問題となった事案において<sup>120)</sup>、連邦行政裁判所1997年10月29日決定は、娯楽施設であれ営業施設であれ、建設法典34条1項にいう「周囲の特色への適合」を欠くという原審の判断に誤りはないという<sup>121)</sup>。③ Sperrbezirksverordnung に対する憲法訴願に対して、先述の連邦憲法裁判所2009年4月28日決定は、街娼や売春宿に比してしばしば明らかに知覚できるものでないとしつつ、住民に与える不利益等が排除されるとはいえないという<sup>122)</sup>。

ただ、注意を要するのは、住宅売春を売春宿・売春宿類似施設と建設計画法上等しく扱うべきとしても、後者に対する類型化考察をそのまま前者に用いるべきとまではいえないことである。売春宿・売春宿類似施設の類型化の限界に至るゆえに、個別事案ごとに住宅売春が小集住地区・一般住居地区では「妨害的でない」か否か、特別住居地区では特別住居地区の特性に従い住居利用と調和するか否か、村落地区・混合地区・中心地区では「本質的に妨害的でない」か否かを審査すべき場合が出てくる<sup>123)</sup>。例えば、バーデン・ヴュルテンベルク上級行政裁判所1996年8月9日決定は、事実上の混合地区における住宅売春の事案であるが、建設利用令6条1項から直ちに許容されないと考えるのではなく、争われている用途の具体的な影響だけが決定的であるという<sup>124)</sup>。

### (iii) 建設利用令13条の適用可能性

住宅売春の建設計画法上の許容性については、以上とは別に、建設利用令13条により特に許容される途がないか、問題になる。建設利用令13条によれば、自由業及びそれに類似の態様で行われる営業のための施設は、建設利用令2条～9条に掲げられる全ての地区において許容される。そこで、住居を用いて独立して売春が営まれる場合、住宅売春は建設利用令13条にいう自由業として許

容されるか、問題になる。

建設利用令においては「自由業」について定義はない。そこで、これまでの裁判例では、自由業について所得税法18条1項が参照されてきた。連邦行政裁判所は1984年1月20日判決において、自由業のための施設が全ての地区において許容されることの意義を含めて、建設利用令13条が適用されるための要件を次のように述べる。「両規定〔筆者註一建設利用令13条と所得税法18条1項を指す〕において「自由」業概念とその「類似」の職業という概念とを結びつけるものは、主として個人的な精神的成果又は個人的な技能（Fertigkeit）に依拠するサービスの提供である。（中略）建設利用令13条は、伝統的に全ての地区でそのサービスを提供する医師、弁護士、税理士（Steuerberater）、建築士、治療師（Heilpraktiker）、治療体操トレーナー（Krankengymnast）などの自由業にのみ空間をその職業的な利用のために用いることを認め、類似の態様で行われる、即ち、独立した立場で個人的な成果を不特定の者に提供する営業を同様に扱っている<sup>125)</sup>。更に、住宅売春が問題になった事案では、建設利用令13条が適用されるためには、学問的又は専門的な職業訓練により獲得された個人的な精神的な能力又は特別の芸術家的又は独創的な才能（Bagabung）に依拠する営業上の活動・サービス提供であることが求められるとして、住宅売春に建設利用令13条の適用を否定する裁判例がある<sup>126)</sup>。

しかしながら、売春について、自由業又はその類似の営業としてこれまで認められてきた営業及びそのための施設と全く異なるものといえるか、検討の余地がある。古典的な自由業は特別の資格及びそのための職業訓練を前提とするものであるが、各種の芸術・文化領域に属する活動のように、建設利用令13条の適用される範囲はそれよりも広がっている。更には、医療関連の自由業は、典型例である医師には限られず、様々な職に広がっており、マッサージ業も含まれると解されている<sup>127)</sup>。売春が個人的に独立して営まれるときに、それを個人営業のマッサージ業の延長上に捉えることができよう<sup>128)</sup>。建設利用令13条の適用を受ける自由業又はその類似の営業とそうではない単なる営業との区別として、「特別の個人的な精神的な能力又は独創的な技能」を掲げて売春が

これに該当しないと即断できるか、疑問が残る<sup>129)</sup>。自由業又はその類似の営業ということで際限なく許容される用途が拡大することへの歯止めは必要であろうが、解釈論が十分に答えられていないように思われる。

#### (4) 売春に対する立地規制③ 地区詳細計画における微調整 (Feinsteuering)

売春宿・類似施設のための土地の建設的利用が許容されるか否かは、先に述べたように、建設的利用の種類に関する規定(建設利用令2条~14条)が、地区詳細計画での地区指定により、地区詳細計画の構成要素となることから(建設利用令1条3項)、各地区ごとの建設利用令の規定により判断されることになる。しかし、これだけでは、建設利用令の規定が硬直化するとき、ゲマインデの計画高権が損なわれるおそれがある。そのため、地区詳細計画のなかで建設利用令の定めを修正する途がゲマインデには認められている。そのうち、特に建設利用令1条5項、6項及び9項は、売春宿・類似施設の立地に対して計画策定段階で規制するための手段として用いられている。

建設利用令1条5項は、建設利用令2条、4条~9条、13条により一般的に許容される諸用途のうち一定のものを許容しない又は例外的に許容されるものに変更することを認める。各地区の一般的な目的が維持されることは、条文上、限界として定められている。1条6項は、建設利用令2条~9条により例外的に許容される諸用途の全て又は一定のものについて、地区詳細計画の構成要素から外すこと、各地区の一般的な目的が維持される限りで一般的に許容されるものに変更することを認める。1条5項は一般的に許容される用途に関わるが、1条6項は建設利用令2条~9条により例外的に許容される諸用途に関わる点に違いがある。なお、建設利用令1条5項、6項の何れも、地区詳細計画の策定である以上、許容される用途を削除・変更することを正当化する都市建設上の理由がなければ認められない(建設法典9条1項)。

1条9項は、5項から8項までの適用に際して、一般的又は例外的に許容される建設的施設その他の施設のうち一定のものについて許容すること、例外的に許容すること、許容しないことを地区詳細計画において定めることを認める。



都市建設上の特別の理由がなければ認められないことが特に条文上定められている。本項は、5項・6項の場合と比べて、許容される用途の範囲をより細やかに規制することを可能とするものである。5項・6項では、用途に係る各地区の建設利用令の規定に用いられる文言によって地区詳細計画のなかで許容される用途が定められることになるが、9項では、建設利用令の規定に用いられている文言に解釈上含まれる下位概念を用いて許容される用途を定めることが可能とされるからである<sup>130)</sup>。

地区詳細計画に定められる用途について詳細な定めを置くことは都市建設上の理由が備わることで認められることから、ゲマインデは、土地利用の秩序ではない他の領域に関わる問題に関しては、当該他の領域について権限ある立法者による評価を受け入れなければならない<sup>131)</sup>。

#### (5) 小括—売春と土地利用規制との関係

IVのまとめとして、売春に対して建設法上の規制が関わる場合、その特徴は如何なる点にあるか、整理しておく。

第一に、営業そのものに対する規制との違いである。建設計画法上の規制のなかには用途規制が含まれているが、これは、土地の上で行われ得る多様な用途に着目して都市のなかで土地を配分するものであり、諸用途間での衝突の調整に向けられる。そのため、例えば売春宿のための建設的利用については、売春そのものが良俗違反であるか否かは問題にならず、売春宿のために用いられる土地がその周囲の土地との間で生じ得る衝突が如何に回避され或いは調整されるかが問題になる。具体的に言えば、ある土地が売春宿のために用いられることが周囲の土地をどのように妨害するか、周囲の土地において甘受されるべき程度のものであるか、問題になる。そして、その判断に際しては、その土地（及びその周囲）において、売春を行う者の行為だけでなく、売春宿を経営・管理する者、客として彷徨く者、住宅で居住する者など様々な用途で土地を用いる者の行為を含めて、周囲の土地に対して如何なる妨害が生じ得るかが問われることになる。

このように考えれば、土地利用規制（建設計画法上の規制）が営業規制とは異なる独自の規制であることが一応は理解できる。住居系の地区から売春宿が排除されることになるとしても、それは、例えば騒音・振動の激しい工場が静穏などの居住に求められる利益を侵害するゆえに住居系の地区から排除されるのと同じことである。とはいえ、売春宿により生じ得る妨害が如何なるものを論ずるときに、売春に対する社会倫理的な評価がそこに入ってくる余地は否定できないであろう。ある土地で売春宿のための利用が許容されるか否かを判断するに当たっては、売春宿及びその周囲の土地においてどのような事態が実際に生じているかを回顧的に見るだけでなく、現時点において認識される状況を前提として将来においてその土地においてどのような事態が生じ得るかを予測的に判断することが必要であるが、売春業に対する専門的な判断を下しうる者がそれを担うわけではないため、社会において支配的な倫理観に基づいて判断が下されるおそれがある。更に、用途規制において類型化考察が行われるとき、売春宿及びその周囲が生じ得る事態として典型的に考えられてきたものが、現実にその土地がどのように利用され、周囲の土地に対してどのような妨害が発生し得るかについて検討することなしに、そのままに建設計画法上の許容性の判断に入ることになるため、上記のおそれは一層高まる。

このような観点からは、類型化考察には当然に限界があること、また、社会において支配的な倫理観が類型化に際して入り込むことへの自覚が、法の解釈・運用に際して欠かせない。ドイツでは住宅売春の事案において売春宿に対する類型化考察の限界に至っているといえる。個別事案ごとの判断の積み重ねのなかで、売春宿・売春宿類似施設に対する建設計画法上の許容性の判断のあり方は将来的に変わり得ることを指摘しておく。

第二に、「売春法」制定と建設計画法上の規制との関係である。これは、営業規制を巡る議論（Ⅲ(2)）と同様に積極的な立場と消極的な立場があり得る。

前者は、建設計画法も社会倫理的な価値観に無関係ではないという前提のもとで、売春法が制定されたことが建設計画法に対して影響を与えるべきことを説くことになる。このような立場から、例えば連邦「家庭・老人・女性・青少

年」省による「売春法の効果」調査報告書においては、建設計画法に関する学説が「売春法」に積極的に向き合っていないとの指摘が為されている。「部分的には、建設法における倫理的或いは道徳的な視野の存在について、裁判例の圧倒的な見解との間に価値付け矛盾が生じている」<sup>132)</sup>。

しかし、裁判例がそのような積極的な立場に支配されているわけではないことは、売春宿・売春宿類似施設に対する類型化考察に基づく判断において周囲への妨害性が相当に高いと判断する裁判例が存することから明らかである。

「売春法」制定後の裁判例のなかには、制定前のものを引用・参照するものがあるし、また、「売春法」制定は建設計画法に影響を与えないという立場を明言するものもある<sup>133)</sup>。

消極的な立場が建設計画法について強いこと背景としては、抑も営業規制に関する法とは異なり建設計画法においては条文上で良俗概念が用いられていないことが先ず考えられる。更に、先に見たように、用途規制では土地の上で行われる諸用途の間の調整が行われ、それ自体は当該用途に対する倫理的な判断とは結びついていないことが挙げられる。

とはいえ、間接的・結果的には、売春に対して建設計画法上の規制が及んでおり、売春宿・売春宿類似施設のための利用は、現在までの通説的な考え方のもとでは営業地区・工業地区（又は周囲の特色が営業地区・工業地区に相当する場合）においてのみ許容されている。このことが売春法の立法目的に照らして正当なものといえるか、或いは、何処まで許容されてよいかは、問われてよい。積極的な立場のなかには、法の統一性を根拠とするものがある。行政法令の運用に際して、売春の良俗違反性から出発することが許されず、更に、売春法の目的に反することも許されないことが説かれている<sup>134)</sup>。この点で、地区詳細計画のなかで建設利用令の定めを修正する途がゲマインデには認められているが、その限界も問題になろう。地区詳細計画の策定段階において売春宿・売春宿類似施設の持つ妨害性に対する判断が行われてそれらの用途が排除されることが増えるならば、地区詳細計画の策定者の動機にまで立ち入って、都市建設上の理由があるといえるかについて審査が今後行われることになると思わ

れる。

第三に、建設計画法上の規制の持つ限界である。繰り返しになるが、建設計画法上の規制は、ある土地の利用が周囲の土地に対して及ぼす妨害に焦点を当て、土地の利用を調整するものであり、周囲に対して妨害となる利用そのものを規制するものではない。それは、行政的な規制としては、営業規制やその他の一般的な秩序法によって行われる。売春そのものに対する規制によって対処され得る事柄について、もし建設中止・利用停止などの建設法上の権限の発動が許されるように法が運用されるとするならば、それは過剰侵害ゆえに認められないであろう。

## V. 終わりに

以上見てきたように、ドイツでは売春を行う者に対する取扱いを法的に改善すべく「売春法」が2002年から施行されているが、売春の合法化へのコンセンサスが社会的に広く存在していたわけではなく、売春を行うことが良俗違反に当たるとの社会倫理的な評価に対する法の関わり方に関して、売春法制定後においても様々な議論が存在しているというのが、ドイツの現状である。そして売春法には実益が乏しいとして消極的な評価が下すものも存する<sup>135)</sup>。とはいえ、それが、売春を行う者に対する取扱いを改善するための多様な試みが始まっていることに目を閉ざすものであるならば、売春法に対する評価として適切ではない。売春を行う者を取り巻く状況に劇的な変化こそ見られないものの、売春を行うことが良俗違反に当たるとの評価が法において否定されたことで、売春を行う者に対する支援活動には、売春からの離脱という一方的な態度ではなく、自由な意思に基づいて売春を行う者のニーズの充足、即ち安全な環境のなかで売春を行い得るように向かうものが登場しやすくなっている<sup>136)</sup>。セックスワーク論に親和的な立場が社会において強まるならば、現時点では殆ど達成されていないゆえに売春法への消極的な評価の一因となっていることであるが、売春を行う者を労働者として保護する方向での立法が進展するであろう。この可能性は、営業としての売春に対する行政的な規制についても指摘するこ

とができる。例えば売春宿の営業に対する許可制の導入を求める議論がある。売春宿の営業に関して人的な適格性（搾取・人身取引を行うなど刑事法上違法な行為を行うおそれのある者の排除だけでなく、売春を行う者との民事法上の関係、社会保険への加入状況など）や施設の衛生等の観点から基準が適切に設定され、その遵守が行政的に確保されることは、売春宿において売春を行う者にとって労働環境の改善に繋がるからである<sup>137)</sup>。他方で、同じく行政的な規制のなかで建設法分野における売春法の影響はこれまでのところ小さい。このことは、建設計画法上の用途規制が売春宿・売春宿類似施設の立地を制限するとしても、売春に対する社会倫理的な評価とは無関係に生ずる結果であると説明することができる。しかし、売春宿・売春宿類似施設が周囲に与える妨害について「売春街に条件付けられた騒がしさ (milieubedingte Unruhe)」がステレオタイプ的に語られるとき、売春に対する社会倫理的な評価が建設計画法上の規制のなかに入っていると批判が生ずるのは当然であり、住宅売春に典型的なことであるが、売春宿・売春宿類似施設の建設計画法上の許容性判断に際して類型化考察を用いることの限界が問題になっている。

このようなドイツの売春規制を巡る状況は、売春の合法化に伴い生ずる多様な問題に法的な解決策を一義的に示すことの難しさを示している。行政的な規制に関してはその実効性確保や態勢整備の難しさを示すものであろう。ただ、売春を行う者に対する社会的な偏見・蔑視が法のなかに入ることで、売春を行う者に対する構造的な差別が生じているとき、セックスワーク論の当否はともかくとして、売春を行う者を法によって保護するための取組が進められていることの重要性は否定できず、この点は日本法にとっても有用であろう<sup>138)</sup>。

最後に、建設計画法に関しては、日本法にはない特徴があるので、それについて簡単に触れておく。第一に、建設計画法における居住に係る利益の重視である。ステレオタイプ的な把握の是非はともかくとして、売春宿・売春宿類似施設が周囲に与える妨害性は、相当に高いものであって居住とは相容れないレベルのものとして捉えられている。第二に、建設計画法上の規制手段の多様性である。ゲマインデには地区詳細計画に際して建設利用令に定められる地区ご



との用途のカタログを修正する途が与えられ、また、地区詳細計画に指定された用途であっても、数、状況、範囲、目的に関して当該地区の特色に反するものは個別事案において許容されない。計画策定段階であれ建設許可等の個別事案における許容性判断の段階であれ、微調整を可能とする権限が認められている。このような建設計画法が売春に対して制約的に機能することには批判もあり得るが、このような規制の仕組みなしに売春合法化が進められるときには、かえって社会的な紛争が生ずるであろう。日本法において居住に係る利益が十分に保護されているとは思われないゆえに<sup>139)</sup>、この点を附言しておく。

〔附記〕 本稿は、科学研究費補助金（課題番号24530117）の研究成果の一部である。

- 1) 売春防止法2条において、「対償を受け、又は受ける約束で、不特定の相手方と性交すること」と定義されている。なお、児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成11年法律第52号）においては「児童買春」の定義に際し「性交等」という概念が用いられ、「性交類似行為」のほか、「自己の性的好奇心を満たす目的で、児童の性器等（性器、肛門又は乳首をいう。以下同じ。）を触り、若しくは児童に自己の性器等を触らせること」も含まれている（2条2項）。
- 2) 売春防止法は、「何人も、売春をし、又はその相手方となつてはならない」と定めるが（3条）、この禁止に対しては罰則を設けていない。単純売春及び売春の相手方に対する処罰は定められていない。刑事的な規制は売春を行う者については勧誘等（5条）が設けられ、売春を行わせる者については売春を助長する行為に関して禁止類型が6条以下に定められている。「性行又は環境に照して売春を行うおそれのある女子」は保護更生の対象とされる（1条）。「売春」に該当しない性的サービスの提供は多様であるが、売春のおそれを孕むことから別途規制されている。客を「接待」して遊興・飲食させる営業は「風俗営業取締法」（昭和23年法律第122号）において当初から規制対象とされてきた（なお、「接待」という用語は制定時から用いられているが、1984年改正により「歓乐的雰囲気醸し出す方法により客をもてなすこと」という定義規定が置かれている（現在は2条3項）。「接待」概念について、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律等の解釈運用基準について」（警察庁生活安全局長。平成25年8月27日。警察庁丙保発第16号・警察庁丙少発第18号）の「第4」において行政レベルでの有権解釈が示されている）。風俗営業の業種は立法上拡大され、1966年改正において個室付浴場業・興業場営業も行政的な規制対象に加えられている。1984年改正により、「風俗営業」とは別カテゴリーとして「風俗関連営業」に対する行政的な規制は整備されている（なお、1998年改正により「風俗関連営業」の用語は「性風俗特殊営業」に改められ、更に、



## ドイツにおける売春規制

2001年改正により「性風俗関連特殊営業」に改められている)。現在、「性風俗関連特殊営業」には店舗型性風俗特殊営業、無店舗型性風俗特殊営業、映像送信型性風俗特殊営業、店舗型電話異性紹介営業、無店舗型電話異性紹介営業の5つの類型がある。なお、「児童」(18歳に満たない者をいう。4条1項)に「淫行をさせる行為」は児童福祉法34条2項6号において禁じられており、その違反には10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金が科される(60条1項)。また、児童買春を周旋した者は5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はその併科に処せられ、児童買春の周旋を業とした者は7年以下の懲役及び1000万円以下の罰金に処せられる(児童買春禁止法5条)。更に、児童買春については、売春の相手方も処罰される(5年以下の懲役又は300万円以下の罰金。児童買春禁止法4条)。

- 3) 例えば、① 売春防止法12条に定められる「管理売春」について、売春助長事犯のなかで最も悪質であるとされながら、執行状況が他の類型に比して低い水準にあることは、政府においても認識されている。総理府(編)『売春対策の現況』7頁(ぎょうせい、1986年)。② 売春防止法による刑事的規制の運用の実態として、「本来の被害者が犯罪者とされ、処罰されるべき者が野放しにされている」という指摘がある。角田由紀子『性の法律学』142頁(有斐閣、1991年)。③ 風営法上規制されている営業の一つである個室付浴場について、売春が行われているのは「社会の常識」であり、「管理売春」罪の運用が適切に行われていないとの指摘がある。井田恵子「売春防止法の運用について」ジュリスト749号113頁、115頁(1981年)。④ 抑も、売春防止法の規定について、売春の相手方となる行為が処罰されず、性交類似行為も処罰の対象とされなかったゆえに、売春防止法はザル法であるとの批判は制定時から存したようである。日本弁護士連合会「個室付浴場業に関する調査報告書」自由と正義32巻7号84頁(1981年)。
- 4) 2010年に風営法施行令が改正されたが、これは、いわゆる「類似ラブホテル」「偽装ラブホテル」への行政立法による対処策である。風営法上、「ラブホテル」は「店舗型性風俗特殊営業」の一つとして厳しい立地規制の下にあるが(2条6項4号)、「ラブホテル」であるための要件は施行令3条に定められている。この要件を充たすものに対してのみ風営法上の規制は及び、そうでないものは通常のホテル・旅館と同じく、営業について旅館業法上の規制を受けるにとどまり、その建設は、「用途地域」制度との関連では、第1種低層住居専用地域、第2種低層住居専用地域、第1種中高層住居専用地域、第2種中高層住居専用地域、第1種住居地域(3000㎡以下は可能)、工業地域、工業専用地域を除いて可能である。即ち、風営法施行令3条の要件を充たさないことで「ラブホテル」類似の建設・営業は住居系の地域を含めて広範囲で可能となっている。ちなみに、風営法施行令3条の要件を充たさないように建設され、営業が開始された後に違法に「ラブホテル」に改造されたものは、特に「偽装ラブホテル」と呼ばれることがある。これは、当然、風営法違反の営業であるが、その摘発は必ずしも十分に行われてきたとはいえない。実情に対応すべく風営法施行令改正作業が着手されたが、既存の類似ラブホテルに対して既得権を認めることで、規制強化が行われることになった(なお、偽装ラブホテ

ルはそのままでは届出要件を充たすことはなく、既得権は認められない。本改正作業について、参照、石川光泰「「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律施行令の一部を改正する政令」等について」警察学論集63巻10号25頁以下(2010年)。なお、本改正作業に際して、各種の利害が如何に調整されたか、特に警察機関が如何なる意識をもって改正作業に臨んだかについては、別稿で検討する予定である。

- 5) Untersuchung „Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes“ Abschlussbericht [<http://www.bmfsfj.de/doku/Publikationen/prostitutionsgesetz/>] (以下、Abschlussberichtと略す)
- 6) Vgl. Margarete Gräfin v. Galen, Rechtsfragen der Prostitution, 2004, S. 8.
- 7) 「売春宿 (Bordell)」及び「売春宿類似施設 (bordellartiger Betrieb)」概念は、刑法典において条文上は1973年改正後は用いられていない。
- 8) BGH, U. v. 17. 9. 1985, NJW 1986, 596; BGH, U. v. 30. 6. 1987, NJW 1987, 3209, 3210. 何れもサウナクラブの事案である。「高級で控えめな雰囲気 (gehobenen und diskreten Atmosphäre)」が創り出される場合、売春を行う者にとって売春を続けることを意識的に励ますことになることから刑罰の対象とされた。
- 9) 「ヒモ」行為に対する処罰が行われ難くなることで、売春を行う者に対して「ヒモ」の地位が著しく強まっており、売春を行う者の地位を法的に高めるという「売春法」の立法目的は達成されていないという批判があり得る。改正後の181a条の適用のためには、売春を行う者が「ヒモ」から離れることができないことが立証されなければならない。Vgl. Wilhelm Schmidbauer, Das Prostitutionsgesetz zwischen Anspruch und Wirklichkeit aus polizeilicher Sicht, NJW 2005, 871, 872.
- 10) BGH, U. v. 21. 10. 1999, NStZ 2000, 86; BGH, B. v. 11. 2. 2000, NStZ 2000, 368.
- 11) Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, § 180a Rn. 21 [Renzikowski]. 売春を行う者であるか否かを判断するためのメルクマールとして性的な無規律 (Promiskuität), 業務的な態度 (Geschäftsmässigkeit), 無差別性 (Wahllosigkeit), 感情のなさ (emotionale Indifferenz) を挙げるとするならば、その範囲は広く、不明確であり、売春とそうでない行為との間の線引きが容易ではない。Vgl., Hans-Heiner Kühne, Prostitution als bürgerlicher Beruf? ZRP 1975, 184.
- 12) BGHSt 48, 314, 319.
- 13) BGHSt 48, 314, 319f.
- 14) Abschlussbericht, S. 102ff.
- 15) Abschlussbericht, S. 108f.
- 16) Abschlussbericht, S. 111f. なお、売春を契機とする犯罪の予防の観点から保安警察上の権限を肯定しつつも、売春を行っていることのみをその発動要件として定めることは売春法の立法目的に反するという見解がある (vgl. Elke Gurlit, Das Verwaltungsrecht im Lichte des Prostitutionsgesetzes, VerwArch 2006, 409, 419)。他方で、人身取引等の組織的な犯罪については、被害者からの証言を得ることが困難であることから、その対処策として通信傍受が認められる要件を広げる方向の立

## ドイツにおける売春規制

法論を説くものがある (vgl. Schmidbauer, a. a. O (Anm. 9), S. 872f.)。

- 17) Abschlussbericht, S. 105.
- 18) Abschlussbericht, S. 109f.
- 19) 労働法・社会保障法の裁判例のなかには、「売春法」制定以前から、業としての性的サービスの提供が問題になった事案が見られる。強行法律違反・良俗違反があっても労務が提供された後においてはそのことは直ちに契約無効に繋がるものではないという考え方 (事実上の労働関係の成立) が労働者保護を目的として採られてきたが、それが性的サービスの提供に何処まで及ぶかは議論がある。1976年4月1日の連邦労働裁判所の判決 (BAGE 28, 83) は、舞台上で行われるセックスショウの出演者について、ストリップショウでは認められた「事実上の労働関係の成立」の考え方を採用しなかった。他方、「売春法」の立法理由のなかに掲げられているものであるが、連邦社会裁判所の2000年8月10日の判決 (BSGE 87, 53) は、ビデオテックスを用いた性的サービスの従事者について、「事実上の労働関係の成立」を肯定していた。これは、電子的な媒体を通じて文字のみによって行われ、身体的・音響的・視覚的なコンタクトを伴わないことから、従事者を「単なる客体」にするわけではなく、また、秘匿される領域を商品化するものでもなく、性的な行為とはいえ抑も良俗違反といえるか、疑問のある事案であった (S. 58)。なお、この判決自身も「事実上の労働関係の成立」の考え方に限界があることは認めており、売春を行う者まで保護されるかは明らかでなかった (S. 60)。
- 20) 「売春法」制定者の主観的な意図は立法理由のなかに示されている。BT-Drs. 14/ 5958, S. 4.
- 21) Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Aufl., 2010, Anh zu § 138 (ProstG) § 1 Rn. 2; Christian Friedrich Majer, Sittenwidrigkeit und das Prostitutionsgesetz bei Vermarktung und Vermittlung, NJW 2008, 1926, 1927.
- 22) Vgl. Palandt, a. a. O (Anm. 21), § 1 Rn. 2.
- 23) Staundiger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 134-163, 2003, § 138 Rn. 455 [Rolf Sack].
- 24) Horst Hagen, Menschenwürde und gute Sitten, in: Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, 2003, S. 581, 588f.
- 25) Gurlit, a. a. O (Anm. 16), S. 413.
- 26) Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., 2012, ProstG § 1 Rn. 19 [Armbruster].
- 27) Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O (Anm. 26), § 1 Rn. 4. なお、連邦通常裁判所は、テレフォンセックスに係る対価の請求が問題になった事案において、売春法の施行後はもはや民法138条1項により良俗違反とされることはないと判断した (BGH, U. v. 8. 11. 2007, NJW 2008, 140, 141)。テレフォンセックスでは身体的な接触がなく、狭義の売春よりは卑猥さに乏しいゆえに、日本流に言えばもちろん解釈が採用されている。
- 28) なお、売春法は売春を行う者の保護のみを目的とすることから、立法者は売春に

係る様々な事柄について包括的に売春を合法化したのではないという裁判例がある。売春宿の経営者が売春を行う者の求人のために行政機関に仲介 (Vermittlung) を求めたところ拒否されたことが争われた事案において、連邦労働省は売春について仲介を義務付けられないと判断された (BSG, U. v. 6. 5. 2009, E 103, 134)。売春を行う者は、たとえ性的な活動を行うことが義務付けられないとしても、その者の主体性 (Subjektqualität) 及び秘密領域における自由を奪われることから、行政機関による仲介を義務付けることは基本法1条1項、2条1項に反するとされる (Rn. 23)。なお、人間の尊厳を理由とする国家の保護義務は、個々人との関係性を失うことで (脱人格化・客観化)、「単なる基本権制約ないし個々人にとっての倫理規範の論理」に転化することについて、既に指摘がなされている。参照、玉蟲由樹「人間の尊厳の「尊重」と「保護」」『人間の尊重保障の法理』101頁, 120頁, 129頁以下 (尚学社, 2013年, 初出: 2011年)。

- 29) BGH StV 1987, 484.
- 30) 本決定に対する評釈のなかでも指摘されている。Vgl. Stephan Barton, StV 1987, 485; Jörg Tenckhoff, JR 1988, 126, 127.
- 31) Alfons Heinz-Trossen, Prostitution und Gesundheitspolitik, 1993, S. 73 では、売春を行う者に対する偏見・蔑視およびそれに伴う差別が社会においてその執筆当時においても根強いことが1980年代の出版物からの引用により示されている。「売春婦は、普通の仕事をする事への意欲や根気がないためだけに、男性を欺き、生計の糧を得るための手段に男性を貶めている」。また、複数の性的パートナーを持つ者が増えるなど道徳面での解放が進んでも、それが売春を行う者に対する差別意識の解消には繋がっていないことも指摘されている (S. 73f.)。
- 32) 売春を「体を売る」ことではなく、自己の身体を用いて他者の性的欲求を満足させるサービスを売春宿の経営者などの指揮監督の下で提供し又はそれらの指揮監督に服することなく独立して提供しその対価を得ることと考えることは一応可能であろう。また、売春を行う者が真に自由な意思に基づいて性的サービスの提供という職業に就いているかは本人以外の者は知り得ないが、意に沿わない職業に従事する者は社会に存在しており、人身取引が行われた場合を除いて、売春のみを職業から外すことは正当ではないと思われる。ただ、セックスワークを巡る議論は、業としての性的サービス提供が様々な形態で行われ、そこでの営業・労働の実態に入ることができないために、本稿ではこれ以上は取り扱わない。なお、註28に挙げた連邦社会裁判所の2009年5月6日判決は、連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査報告書を引用して、「売春における雇用関係 (Beschäftigungsverhältnissen) の合法化 (Legalisierung) は、売春が「他の全てと同様の職業」となることをもたらすわけではない」という (Rn. 21)。
- 33) BT-Drs. 14/4456, S. 1. なお、政権与党である社会民主党と90年連合・緑の党による法案に附された立法理由のなかでは、連邦行政裁判所1965年11月4日の占星術判決が紹介されている (BT-Drs. 14/5958, S. 4)。この判決は、基本法12条による職業の自由の保障範囲に限界があることを述べるに際して、その限界外の例とし

- て、「職業的な犯罪者」と並んで職業として売春を行う者を掲げていた (BVerwGE 22, 286, 289)。
- 34) Heinz Georg Bamberger/ Herbert Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., 2007, ProstG § 1 Rn. 2 [Wendtland].
  - 35) Palandt, a. a. O (Anm. 21), § 1 Rn. 1. 他方で、「売春法」を無益であると判断することに対して「少なくとも早計」との批判的なものも見られる (Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O (Anm. 26), § 1 Rn. 1)。更なる立法の必要を説くものも見られる。Vgl. Ulrich Mäurer, Regulierungsbedarf der Prostitution, ZRP 2010, 253ff.
  - 36) Doris Winter, Arbeitsbedingungen in der Prostitution im Wandel von Zeit und Gesetz, in: Barbara Kavemann/ Heike Rabe (Hrsg.), Das Prostitutionsgesetz, 2009, S. 223.
  - 37) BGHZ 118, 182, 184, 188. なお、本件は、客観的に認識可能な内容によれば売春であることが分かるように売春であることを隠した控えめな形式での宣伝が争われた事案である (S. 185)。
  - 38) Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O (Anm. 26), § 1 Rn. 17.
  - 39) BGHZ 168, 314, 318f.
  - 40) Münchener Kommentar zum StGB, a. a. O (Anm. 11), § 184f Rn. 1 [Hörnle].
  - 41) Münchener Kommentar zum StGB, a. a. O (Anm. 11), § 184e Rn. 1 [Hörnle].
  - 42) Vgl. v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 381ff.
  - 43) Sabine Gleß, Die Reglementierung von Prostitution in Deutschland, 1999, S. 141.
  - 44) Vgl., BT-Drs. 11/7140, S. 8f.; Gurlit, a. a. O (Anm. 16), S. 416.
  - 45) Vgl., BT-Drs. 11/7140, S. 15f
  - 46) Vgl., Gleß, a. a. O (Anm. 43), S. 140.
  - 47) Abschlussbericht, S. 162f. なお、同所では、性的な行為を対価をもって行うことの契約は「売春法」制定後も良俗違反であると述べる検察による回答も紹介されている (S. 162)。
  - 48) Abschlussbericht, S. 164ff.
  - 49) BVerfG, NVwG 2009, 905, 907f.
  - 50) 租税法については、売春による収入に対する課税に関して、売春を行う者に対する倫理面でのダブルスタンダードが生ずることが問題になる。外国人法については、国際的な人身取引を巡って問題が生ずる。租税法及び外国人法に係る議論は、筆者の能力上の限界ゆえに本稿においては扱われない。
  - 51) これにはストリップショウなどが含まれる。なお、ピープショウが営業法上許可を受けることができるか、争いがある。連邦行政裁判所の1990年1月30日判決ではピープショウの営業許可が認められなかったが、そこでは、売春はピープショウに比べて「より悪質な現象」として判示されていた (BVerwGE 84, 314, 321)。売春法の制定後においてピープショウがなお営業法上許可を受けることができないままであるか、問題になり得る。なお、連邦行政裁判所は1981年12月15日にピープ



ショウの営業許可拒否について最初の判断を下している (BVerwGE 64, 274)。本判決については、参照、小山剛『基本権保護の法理』277頁以下 (成文堂, 1998年), 玉蟲・前掲註28・117頁以下。

- 52) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 423.
- 53) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 448.
- 54) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 434f., 449.
- 55) Vgl. v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 434f
- 56) Renate Pauly, Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz) sowie Vollzug der Gewerbeordnung und des Gaststättengesetzes, GewArch 2002, 217, 220; Ulrich Schönleiter, Auswirkungen des Prostitutionsgesetzes auf das Gewerbeamt, GewArch 2002, 319, 319. 知られたいゆえに届出が行われないとき, それに対処しようとするれば規制の執行コストが大きくなるが, それは売春に特有の問題ではないとして, 規制の実効性の観点から売春そのものを営業法上の規制対象から外すことに批判的なものも存在する (vgl. Gurlit, a. a. O (Anm. 16), S. 423).
- 57) 売春宿では, 多くの場合, 提供される性的サービスの内容や対価等は詳細にわたり経営・管理者が定めているにもかかわらず, 「部屋」を借りた者が独立的に売春を行うものとされている。売春宿の経営・管理者にとって, 従前は刑罰を恐れるゆえであったが, 現在でも, 労働契約上の拘束, 客に対する損害賠償責任, 社会保険の負担を免れるために, かかる構成が採られている。Vgl. Winter, a. a. O (Anm. 36), S. 222f. なお, 売春法の意義が売春を行う者に正確に知られていないゆえに売春宿の経営・管理者は「貸主」という都合の良い態度をとり続けることができることも指摘されている (S. 223)。
- 58) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 449.
- 59) VGH Baden-Württemberg, B. v. 16. 7. 1998, GewArch 2000, 193。これは, ポルノ映画に関して, 上映室の後ろにある「喫煙室」で成人男性間で相当の性的な行為が日常的に行われていたことが問題になった事案である。
- 60) Peter J. Tettinger/ Rolf Wank/ Jörg Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl, 2011, § 35 Rn. 81.
- 61) BVerwG, NVwZ 1991, 373, 374.
- 62) VG Berlin, NJW 2001, 983.
- 63) BT-Drs. 14/5958, S. 6.
- 64) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 12, 425.
- 65) BVerwG, NVwZ 2003, 603, 604.
- 66) Pauly, a. a. O (Anm. 56), S. 218; Volker Kurz, Prostitution und Sittenwidrigkeit, GewArch 2002, 142, 143 f.
- 67) Anwaltkommentar BGB, Bd. 1, 2005, ProstG § 1 Rn. 28 [Looschelders].
- 68) v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 473.
- 69) BT-Drs. 11/7140, S. 23f.



## ドイツにおける売春規制

- 70) 連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査報告書によれば、1980年代中頃から、健康に係る証明書を発行するという仕組みを放棄するところが出現している (Abschlussbericht, S. 83)。
- 71) Abschlussbericht, S. 84.
- 72) Gurlit, a. a. O (Anm. 16), S. 419f.
- 73) Gleß, a. a. O (Anm. 43), S. 112f. なお、売春を行う者が感染症のリスク源として社会的に意識されること、また、そのことが売春を行う者に対する社会的な偏見・蔑視を生み出すことは、近年では、エイズについて見られたことである。Vgl., Heinz-Trossen, a. a. O (Anm. 31), S. 75ff.
- 74) 例えば、中心地区では「娯楽施設」が一般的に許容されるが、1980年代中頃から、中心地区を指定する地区詳細計画において「娯楽施設」の全て又はその一部について、建設利用令1条5項、9項を用いることで、その許容性を制限するゲマインデが登場している。Vgl. Hans Carl Fickert/ Herbert Fiesler, Baunutzungsverordnung, 11. Aufl., 2008, § 7 Rn. 7.5.
- 75) Alfons Simon/ Jürgen Busse, Bayerische Bauordnung 2008, § 3 Rn. 233 (Marz 2009) [Lechner].
- 76) Winfried Brohm, Öffentliches Baurecht, 2. Aufl., 1999, § 19 Rn. 5.
- 77) Brohm, a. a. O (Anm. 76), § 4 Rn. 4, § 18 Rn. 21. なお、連邦法上の「建設施設」概念は比較的広い「建設 (Bauen)」概念とそれを制限する「土地法上の重要性」という2つのメルクマールから成り立つという裁判例がある (BVerwGE 44, 59, 61f.)。
- 78) Brohm, a. a. O (Anm. 76), § 18 Rn. 21.
- 79) BVerwGE 72, 300, 323f.
- 80) OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 16. 3. 1984, BauR 1985, 304, 305.
- 81) BVerwG, U. v. 11. 2. 1977, NJW 1977, 1932. 本件では、石炭販売と近距離輸送のための用途に7台の移動式の大型クレーンを有するクレーン操業が付け加わるとき、連邦建設法29条 (現・建設法典29条) の意味における用途変更が存在するものとされた。
- 82) Hans-Ulrich Stühler, Prostitution und öffentliches Baurecht, BauR 2010, 1013, 1017f.
- 83) 建築主が自ら許可手続の対象を決めるべきゆえに行政庁は職権によって許可を与えることができないと解されている。Vgl. Simon/ Busse, a. a. O (Anm. 75), § 76 Rn. 313 (Oktober 2009) [Decker].
- 84) Simon/ Busse, a. a. O (Anm. 75), § 57 Rn. 410 (Februar 2012) [Lechner]. 利用停止命令はしばしば、許可を受けることなく用途変更が行われた場合に用いられている。Vgl. Stockburger, Nutzungsänderung und Nutzungsverbot im Baurecht, ZfBR 1999, 9ff.
- 85) Simon/ Busse, a. a. O (Anm. 75), § 76 Rn. 399, 401 (Oktober 2009) [Decker].
- 86) Simon/ Busse, a. a. O (Anm. 75), § 57 Rn. 410 (Februar 2012) [Lechner].

- 87) 両者の概念上の区別は厳密に行われていない。立地に関して規制に差異がないからであろう。売春宿は大規模なものであり、売春を行う者がそこに居住しないものであり、売春宿類似施設は、規模・組織について売春宿に対応しないものを捕捉するための概念であると理解するものがある (vgl. Kay-Uwe Rhein/ Dirk Zitzen, Zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit sexueller Dienstleistungsangebote, NJOZ 2009, 267, 268)。これに対して、「娯楽施設」に含まれるという解釈に争いのない賭博場 (Spielhall) については、中心地区に典型的なものか否かによって、立地に関する規制に差異が生ずることから、中心地区に典型的なものとされる賭博場と中心地区に典型的とはいえない賭博場との区別が問題になる。Vgl. Stephan Mitschang, Der Vergnügungsstättenbebaungsplan nach § 9 Abs. 2b BauGB-neu, ZfBR 2012, 419, 420.
- 88) Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74), § 4a Rn. 22.
- 89) BVerwGE 68, 213, 215f.
- 90) BVerwG, U. v. 25. 11. 1983, E 68, 207, 209; BVerwGE 68, 213, 214.
- 91) BVerwG, B. v. 9. 10. 1990, NVwZ 1991, 266.
- 92) Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74), § 4a Rn. 23.74. なお、同所では、娯楽施設について相当な (騒音) 負担を居住機能に対してもたらすという特性を有するとカテゴリカルに判断が下されている (§ 4a Rn. 23.74)。そして、娯楽施設の一例としてディスコについて、「居住のメルクマールとして突出したものとしての住居の静穏」にとって有害な附随的現象を刻印し、そのために居住に仕えるエリアにおいて通例許容されないことに娯楽施設の本質が存在すると説かれている (§ 4a Rn. 22.2)。
- 93) Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74), § 4a Rn. 23.72f.
- 94) 建設利用令にいう「妨害」はそれぞれの地区の特徴 (目的及び許容される施設・用途のカタログ) から決まる (Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74), Vorbem §§2-9, 12-14 Rn. 8.3)。なお、営業施設・娯楽施設のための建設的利用が各地区においてどのように判断されるかを表にすれば、次のようになる (○は一般的に許容される場合、△は例外的に許容される場合を表す)。なお、ここにいう「例外」とは建設法典31条1項の意味におけるものであり、31条2項の「免除」ではない。

地区類型	営業施設	娯楽施設
小集住地区	△ (註1)	
住居専用地区		
一般住居地区	△ (註1)	
特別住居地区	○ (註2)	△ (註2) (註6)
村落地区	○ (註3)	△ (註6)
混合地区	○ (註3)	主として営業的利用により刻印される場所では○ (註6), そうでない場所では△ (註6)
中心地区	○ (註4)	○
営業地区	○ (註5)	△

ドイツにおける売春規制

工業地区	○	
------	---	--

註1：妨害的でない営業施設のみ例外的に許容される。

註2：特別住居地区の特性に従い住居利用と調和することが要件である（4 a条1項）。

註3：本質的に妨害的でない営業施設であることが要件であると解されている（5条1項，6条1項）。

註4：本質的に妨害的でない営業施設のみ許容される。

註5：著しく負担となる営業施設は許容されないと解されている（8条1項）。

註6：中心地区においてのみ一般的に許容されるもの（中心地区に典型的と言えるもの）を除く。

- 95) なお、営業地区とは異なり工業地区では「著しく負担」となる営業施設も許容されるが、他方で、工業地区の目的が保たれるものでなければならぬと解され、妨害性の強いものの立地を守るために妨害性の弱いものは工業地区から排除されることになり得る。Vgl., Werner Ernst/ Willy Zinkahn/ Walter Bielenberg, Baugesetzbuch, BauNVO § 9 Rn. 22 (Oktober 2008) [Söfker]. 工業地区での売春宿の建設は裁判例においても許容されている (VG Freiburg, U. v. 24. 10. 2000, NVwZ 2001, 1442)。
- 96) Stühler, a. a. O (Anm. 82), S. 1021.
- 97) OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 19. 1. 1983, NVwZ 1983, 559, 560.
- 98) Hessischer VGH, B. v. 30. 4. 2009, UPR 2010, 104.
- 99) OVG Saarlandes, B. v. 30. 6. 2009, 2 B 367/09, juris. 本件は、許可を要するにも拘わらず許可を得ることなく行われた用途変更のために利用停止命令が発せられたことが争われている事案の仮救済の裁判である。
- 100) VG Stuttgart, U. v. 21. 4. 2004, 3 K 4344/02, juris. 営業地区において小売店や娯楽施設を除外するについて、製造業的な営業を促進・強化し、都市中心部に相応しい用途が都市中心部からほかに移ることの防止が意図されており、中心地区に典型的ではない娯楽施設（例、小規模な賭博場）だけが除外され、売春宿・売春宿類似施設が許容されるというのはおおよそ考えられないという。
- 101) VG Stuttgart, B. v. 4. 5. 2006, 12 K 1360/06, juris.
- 102) Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74), Vorbem §§ 2-9, 12-14, Rn. 9.
- 103) BVerwGE 68, 213, 216.
- 104) OVG Rheinland-Pfalz, BauR 2004, 644.
- 105) OVG Berlin, GewArch 2003, 498.
- 106) 「売春法」制定後の早いものとして、VGH Baden-Württemberg, U. v. 24. 7. 2002, GewArch 2003, 496, 497, OVG Berlin, B. v. 9. 4. 2003, GewArch 2003, 498, 499 を挙げておく。後者はその後の裁判例においてしばしば参照されている (OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 15. 1. 2004, DÖV 2004, 395, OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 14. 11. 2005, OVG 10 S 3.05, juris, Hessischer VGH, B. v. 30. 4. 2009, UPR 2010, 104, 105)。最近の裁判例として VGH Baden-Württemberg, B. v.

5. 3. 2012, 5 S 3239/11, juris が挙げられる。本判決は、売春法は建設計画法に影響を与えるものではないと述べ、売春宿が周囲に与える妨害について建設利用令8条1項にいう「著しい負担」のレベルには達していないと判断するところで、連邦行政裁判所の1983年判決 (BVerwGE 68, 213) を参照している。なお、本件は、営業地区における売春宿に対して認められた建設許可が争われた隣人訴訟の事案である。
- 107) BVerwGE 68, 213, 217f. なお、建設利用令15条1項により許容されないと判断されたものとして、Stühler, a. a. O (Anm. 82), S. 1019f. は3つの事案を紹介している。① OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 27. 8. 2009, ZfBR 2010, 158 は営業地区の事案であり、② Hessischer VGH, B. v. 7. 2. 2008, BauR 2009, 636 は中心地区の事案であり、③ Bayerischer VGH, B. v. 2. 5. 2006, 2 BV 05.1739, juris は事実上の営業地区の事案である。
- 108) VG Berlin, B. v. 21. 4. 2005, 13 A 179.04, juris. なお、本決定に対しては、ベルリン東部の特殊性、即ち、住居系の地区内での小規模な「遮蔽された営業」であることが連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省の委託による「売春法の効果」調査報告書において指摘されている (Abschlussbericht, S. 124)。
- 109) Rhein/ Zitzen, a. a. O (Anm. 87), S. 274. 「milieubedingten Unruhe」 「Milieu」から生じる附随的な現象が裁判例において類型化考察のなかで繰り返し指摘されたものの、個別事案においてその中身が検証されることが乏しかったことが、売春宿・売春宿類似施設に対する社会倫理的な観点からの消極的な評価を招いたと考えられる。Vgl. v. Galen, a. a. O (Anm. 6), Rn. 483.
- 110) VG Berlin, GewArch 2009, 322, 323. 他方で、「売春法」制定後において、建設法を社会倫理と結びつくことを根拠として、売春宿の倫理的な中立性から出発することはできないと述べる裁判例もある (Hessischer VGH, B. v. 30. 4. 2009, UPR 2010, 104, 105)。
- 111) Rhein/ Zitzen, a. a. O (Anm. 87), S. 269.
- 112) なお、「居住」概念は住宅売春以外でも建設計画法上の用途規制に関して問題になることがある。判例上、長期にわたる家庭生活 (Häuslichkeit)、所帯の切り盛り (Haushaltsführung) 及び häuslich な Wirkungskreis の自己形成、滞在の自由意思によって特徴づけられており、宿泊 (Unterbringung)、看護 (Betreuung) と同時の拘禁 (Verwahren)、単なる寝場所、その他、住宅用建物 (Wohngebäude) としてではなく社会的な施設 (Einrichtungen) として位置付けられるものから区別されている (BVerwG, B. v. 25. 3. 1996, NVwZ 1996, 893, 894)。
- 113) VGH Baden-Württemberg, U. v. 24. 7. 2002, GewArch 2003, 496, 497
- 114) Bayerischer VGH, B. v. 2. 5. 2006, 2 BV 05.1739, juris.
- 115) Bayerischer VGH, B. v. 19. 5. 1999, GewArch 1999, 495. 尤も、本件では、売春を行う者及びその管理者のみが居住して売春を営んでいることから住宅売春には該当しないとされ、売春宿・類似施設と住宅売春との区別・要件について詳細にわたる検討は行われていない。

## ドイツにおける売春規制

- 116) VG Berlin, GewArch 2009, 322, 323. 本件は、混合地区における6階建ての建物の1階部分で売春を行う部屋が7室、浴室が3つある住宅売春（面積230㎡）への用途変更が問題になった事案である。混合地区における売春宿が認められないとしつつ、住宅売春が例外的に認められるか否かについて判断をする。その際、前述の類型化考察は否定されている。
- 117) なお、この点について数ヶ月以上の居住を求める見解がある（vgl. Hans-Ulrich Stühler, Zur Zulässigkeit von bordellartigen Betrieben (Terminwohnungen) und Wohnungsprostitution in Mischgebieten, GewArch 2006, 26, 27）。住民登録については、必要とするものがあるが（vgl. ders, Prostitution und Baurecht, NVwZ 2000, 990, 993）、建設計画法上の許容性にとって重要ではないとして批判的な立場もある（vgl. Rhein/ Zitzen, a. a. O (Anm. 87), S. 274）。なお、註113のバーデン・ヴェルテンベルク上級行政裁判所の2002年判決では、数週間又は数ヶ月以上の居住が求められている（GewArch 2003, 496, 497）。
- 118) Vgl. Hans-Ulrich Stühler, Prostitution und öffentliches Recht (unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts), NVwZ 1997, 861, 865.
- 119) BVerwG, UPR 1995, 397.
- 120) 外部地区ではなく、かつ、完全地区詳細計画が策定されていないところでは、建設法典34条が適用される。その際、周囲の特色が建設利用令に類型化される地区に相当する場合、建設利用令の関連規定に従い判断されることになる（34条2項）。本件では、周囲の特色が一般住居地区に相当していたので、許容される用途等の判断規準として建設利用令4条が用いられることになる。
- 121) BVerwG, B. v. 29. 10. 1997, 4 B 8/97, juris.
- 122) BVerfG, NVwZ 2009, 905, 907f.
- 123) なお、住宅売春について典型的に妨害度が低いと述べるものが学説に見られるが（vgl. Rhein/ Zitzen, a. a. O (Anm. 87), S. 275）、そのような類型化考察を説くものは少数説である。住宅売春のメルクマールが確立しているとはいえないことから、売春宿・売春宿類似施設に対する類型化考察を住宅売春に用いることができないというのが一般的な考え方であろう。
- 124) VGH Baden-Württemberg, B. v. 9. 8. 1996, NVwZ 1997, 601. 同趣旨の裁判例として、混合地区についてバイエルン上級行政裁判所1999年5月19日決定がある（Bayerischer VGH, B. v. 19. 5. 1999, UPR 1999, 395）。
- 125) BVerwGE 68, 324, 327.
- 126) VG Osnabrück, B. v. 7. 4. 2005, 2 B 14/05, juris; VG Arnberg, U. v. 18. 8. 2008, 14 K 2180/07, juris. 後者の判決では、学問的又は専門的な職業訓練により獲得された個人的な精神的な能力又は特別の芸術家的又は独創的な才能（Bagabung）が売春においてあり得るとしても、売春を行うための必要条件ではないとされる。この叙述の前提にあるのは、売春とは「体売ること（Vermarktung des Körpers）」という考え方である。
- 127) Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, a. a. O (Anm. 95), § 13 Rn. 18 (April 2012)



- [Stock]. なお、マッサージ業を自由業ではなく「類似」業のなかに含める見解もある (Fickert/ Fiesler, a. a. O (Anm. 74)., § 13 Rn. 4)。
- 128) Vgl. Rhein/ Zitzen, a. a. O (Anm. 87)., S. 278.
- 129) この点はセックスワークに関する議論の成否に待ちたい。なお、建設利用令13条は、その職業が住居で行われて私的な性質を有することから正当化されるといい、そのことから弁護士と住宅売春との間に差異が認められないと説くものがある。Vgl. Gurlit, a. a. O (Anm. 16)., S. 428.
- 130) BVerwG, B. v. 22. 5. 1987, E 77, 308, 314f. 建設利用令1条5項について、建設利用令2条、4条～9条の2項各号に一般的に許容される用途は定められているところ、号単位で許容される用途を変更するという解釈もあるが、本判決は、かかる解釈を斥けて、号のなかに複数の用途が定められている場合はその一部を変更し得るという解釈を採用したものである。
- 131) BVerwGE 77, 308, 312.
- 132) Abschlussbericht, S. 125.
- 133) Heike Rabe, Potentiale und Entwicklung im Baurecht, in: Kavemann/ Rabe, a. a. O (Anm. 36)., S. 122. なお、そのような裁判例は註106に挙げている。
- 134) v. Galen, a. a. O (Anm. 6)., Rn. 487; Gurlit., a. a. O (Anm. 16)., S. 414.
- 135) 参照, 前掲註35。
- 136) Sabine Reichert, Anne Rossenbach, „Wir wollen den Frauen Unterstützung geben.“ Ein Gespräche, APuZ, 9/2013, S. 6.
- 137) 連邦「家族・高齢者・女性・青少年」省は、「売春及び売春の行われる場の規制」ワークショップ (研究者, 警察を含む行政実務家, 擁護団体) の成果を2012年に刊行している (Regulierung von Prostitution und Prostitutionsstätten, 2012 [<http://www.bmfsfj.de/BMFSFJ/Service/volltextsuche.html>])。この図書のなかで、営業規制として売春宿の営業について許可制の導入に積極的な立場にあるのは、研究者 (S. 12f, 30), 擁護団体, 自治体の一部 (S. 46ff.) である。擁護団体からの意見のなかでは、許可制に関連して、行政的な規制の実効性が確保されることが求められている (S. 75f.)。
- 138) 売春を行う者に対する身体的な暴力について、「売春のため本件ホテルに赴いたことにもその原因がないわけではなく、特に、いわゆるホテル嬢として見知らぬ男性の待つホテルの一室に単身赴く以上、客の性格等によっては相当な危険が伴うことは十分予測し得るところであるにもかかわらず、敢えて、被害者の求めに応じてホテルに赴いたという意味では、いわば自ら招いた危難」といい、それから逃れるべく客にナイフで突き刺して死に至らしめた行為について、「殺害するまでの必要があったとは到底言い難いことなどに鑑みると、これも悪質という外はなく、そして、その結果も右の刺突行為により未だ28歳の被害者の生命を奪ったものであって重大であり、突然夫を失った妻を始めとする被害者の遺族が受けた精神的衝撃も極めて大きい」と述べる東京地判昭和62年12月18日判時1275号41頁、また、「被告人は、自らの意思により、「ホテル嬢」として4時間にわたり売春をすることを



## ドイツにおける売春規制

約して、Aから高額の報酬を得ており、……、これにより被告人が性的自由及び身体を自由を放棄していたとまではいえないが、少なくとも、Aに対し、通常の性交及びこれに付随する性的行為は許容していたものといわざるをえないから、被告人の性的自由及び身体を自由に対する侵害の程度については、これを一般の婦女子に対する場合と同列に論ずることはできず、相当に減殺して考慮せざるをえない」と述べる控訴審・東京高判昭和63年6月9日判時1283号54頁は、売春を行う者に対する社会的な偏見・蔑視が売春を行う者に対する法的な保護の弱さをもたらすことの一例として挙げるることができる。参照、角田・前掲註3・164頁以下。

139) ラブホテルの立地に関して、参照、前掲註4。